

ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE

**“CONTRATOS *BUILT TO SUIT*: ASPECTOS CONTROVERTIDOS DECORRENTES DE
UMA NOVA MODALIDADE CONTRATUAL”**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. José Fernando Simão

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE

**“CONTRATOS *BUILT TO SUIT*: ASPECTOS CONTROVERTIDOS DECORRENTES DE
UMA NOVA MODALIDADE CONTRATUAL”**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Professor Associado Dr. José Fernando Simão.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

GOMIDE, ALEXANDRE JUNQUEIRA
CONTRATOS BUILT TO SUIT: ASPECTOS CONTROVERTIDOS
DECORRENTES DE UMA NOVA MODALIDADE CONTRATUAL /
ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE ; orientador JOSÉ FERNANDO
SIMÃO -- São Paulo, 2017.
216

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade
de São Paulo, 2017.

1. CONTRATOS. 2. BUILT TO SUIT. 3. CONTRATOS
ATÍPICOS. 4. EMPREITADA. 5. LOCAÇÃO. I. SIMÃO, JOSÉ
FERNANDO, orient. II. Título.

Banca examinadora:

AGRADECIMENTOS

Neste segundo trabalho acadêmico de minha vida, agradeço, primeiramente, ao Professor Dr. José Fernando Simão. Foi ele quem, há quinze anos, despertou em mim o amor pelos estudos acadêmicos. Tão logo concluí a graduação, partiu do Prof. Simão a sugestão para que eu tentasse uma vaga no mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa o que resultou, anos depois, no livro “Direito de arrependimento nos contratos de consumo”, publicado em 2014, pela editora Almedina.

Finalizado aquele trabalho, senti enorme vontade de prosseguir nos estudos acadêmicos. Foi novamente Simão quem, dessa vez, abriu as portas das Arcadas, sob condição de um “projeto sério e útil à comunidade jurídica”. Ao longo de todo o trabalho, meu orientador realizou leitura atenta, indicando textos e realizando criteriosa correção. Obrigado, Simão!

Agradeço também ao amigo Professor Dr. Flávio Tartuce pela confiança depositada no meu trabalho, resultando na minha formação como professor em Direito Civil. Foi Tartuce o responsável por abrir as portas da Escola Paulista de Direito e me apresentar aos amigos da “Confraria dos Civilistas”.

Registro meus agradecimentos aos professores Cristiano de Souza Zanetti e Claudio Luiz Bueno de Godoy pelos ensinamentos nos créditos no mestrado e pelas sugestões quando da banca de qualificação.

Também sou imensamente grato aos amigos e professores Marcos Catalan e Rodrigo Xavier Leonardo, pela indicação de textos, leitura do trabalho e contribuições para melhorias.

Esse trabalho também não seria possível sem a compreensão do amigo e sócio Fábio Tadeu Ferreira Guedes.

Ao final e com muito amor, agradeço à minha Letícia que se fez mãe e pai do Joaquim durante a elaboração desse trabalho.

São Paulo, 27 de dezembro de 2016.

*Dedico este trabalho ao meu querido filho Joaquim,
alegria da minha vida, na esperança que ele mantenha
o mesmo sorriso doce toda vez que me abraça.*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar estudo acadêmico sobre o contrato *built to suit*, em especial quando firmado entre sociedades empresárias. Ao longo da dissertação, procuramos investigar a natureza jurídica e algumas classificações desse modelo contratual, em especial sua caracterização como contrato atípico. A considerar a atipicidade contratual, realizamos análise da disciplina jurídica e o confronto necessário com a Lei do Inquilinato (alterado pela Lei 12.744/2012). Também procuramos investigar problemas práticos decorrentes do contrato *built to suit* tais como registro imobiliário e securitização dos recebíveis. Ao final, foi realizado estudo a respeito das consequências jurídicas advindas da extinção do contrato *built to suit*.

Palavras chave: Contratos. *Built to suit*. Contratos atípicos. Empreitada. Locação.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual. 216 pp. Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Janeiro de 2017.

ABSTRACT

The object of this study is the academic analysis of built to suit agreements, especially when executed between companies. Throughout the dissertation, we tried to investigate the legal nature and some classifications of this contract type, specially its characterization as an unregulated agreement. Considering such contractual atypicality, we analyzed its legal discipline and the necessary confrontation with the Law of Tenancy (modified by Law 12.744/2012). We investigated practical problems arising from the contract built to suit, such as real estate registration and securitization of receivables. In the end, a study was carried out regarding the legal consequences arising from the termination of the contract built to suit.

Keywords: Contracts. *Built to suit*. Unregulated contracts. Construction. Lease.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. Built to suit contracts: controversial aspects arising from a new contractual modality. 216 pp. Master degree. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo. January 2017.

[...] não vale proceder a meras declarações de pragmatismo, tudo remetendo ao caso concreto: é óbvio que qualquer problema tem uma solução, apenas, in concretum, numa asserção válida para todos os casos. Pretende-se, como é de bom tom num sistema continental, a disponibilização de parâmetros jurídico-científicos que habilitem o intérprete-aplicador a, com adequação, mas sem arbítrio, resolver casos concretos¹”.

¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. Direito das obrigações: contratos e negócios unilaterais. v. II. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010. p. 243.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
PARTE I – NOMENCLATURA, CONCEITO E PROJETOS DE LEI ANTECEDENTES À LEI 12.744/2012.....	19
1) Nomenclatura.....	19
2) Conceito.....	20
3) Projetos de Lei antecedentes à Lei 12.744/2012.....	24
PARTE II – CONTRATOS BUILT TO SUIT: DIFICULDADES DE QUALIFICAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA E POSSÍVEIS CLASSIFICAÇÕES	31
1) Qualificação da natureza jurídica do contrato <i>built to suit</i>	31
2) Classificação dos contratos <i>built to suit</i> pela sua atipicidade	43
2.1 Contratos atípicos e sua classificação.....	43
2.2 Critérios de qualificação de tipicidade ou atipicidade contratual.....	49
2.3 Da atipicidade do contrato <i>built to suit</i>	54
2.4 Em defesa da atipicidade do contrato <i>built to suit</i> : contratos de utilização de espaço em shopping center.....	64
3) Contratos <i>built to suit</i> e ausência de coligação contratual.....	75
4) Contratos <i>built to suit</i> e sua classificação como contrato de longa duração.....	80
PARTE III – DISCIPLINA JURÍDICA APLICÁVEL AOS CONTRATOS BUILT TO SUIT E ASPECTOS CONTROVERTIDOS.....	83
1) Disciplina jurídica aplicável aos contratos atípicos	83
2) Disciplina jurídica aplicável aos contratos <i>built to suit</i>	89
3) Da primazia das disposições contratuais nos contratos <i>built to suit</i> : o prestígio da autonomia privada	104
4) Autonomia privada e renúncia de direitos materiais da Lei do Inquilinato nos contratos <i>built to suit</i>	111
5) Aspectos controvertidos dos procedimentos da Lei do Inquilinato aplicados aos contratos <i>built to suit</i> e a renúncia de direitos	115
5.1 Contrato <i>built to suit</i> e a ação revisional da remuneração mensal	116
5.2 Contrato <i>built to suit</i> e a ação renovatória.....	120
5.3 Contrato <i>built to suit</i> e a ação de despejo	131

PARTE IV – QUESTÕES RELEVANTES E NOVAS MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO DO <i>BUILT TO SUIT</i>	133
1) <i>Built to suit</i> e o registro imobiliário	133
2) Securitização do contrato <i>built to suit</i>	142
3) Contratos <i>built to suit</i> e a administração pública.....	147
4) <i>Built to suit</i> residencial	152
PARTE V – FORMAS DE EXTINÇÃO DO CONTRATO <i>BUILT TO SUIT</i> E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS	156
1) Resilição unilateral: extinção antecipada do vínculo contratual, cláusula penal e aspectos controvertidos.	157
1.1 Cláusula penal e implicações aos contratos <i>built to suit</i> : aplicação analógica dos artigos 413 e 416, do Código Civil?	164
1.2 Prorrogação consensual e compulsória do contrato <i>built to suit</i> : aplicação analógica do artigo 473, parágrafo único, do Código Civil?.....	175
2) Distrato do contrato <i>built to suit</i>	186
3) Resolução contratual.....	188
3.1 Resolução por descumprimento contratual	188
3.2 Resolução contratual por onerosidade excessiva e revisão contratual.....	192
CONCLUSÃO	201
BIBLIOGRAFIA	206

INTRODUÇÃO

Há cerca de quinze anos, grandes e médias sociedades empresárias brasileiras, sobretudo em virtude do vertiginoso crescimento dos preços dos imóveis no país, perceberam as vantagens de desmobilizar seus ativos, de forma a empregá-los na sua própria atividade mercantil.

Nesse sentido, há mais de dez anos², chamou atenção de inúmeros investidores a oferta de grande instituição financeira para, mediante leilão público, vender parte de seus imóveis, onde se encontravam algumas de suas agências bancárias. A oferta consistia na alienação dos imóveis, garantindo-se, aos novos adquirentes, a possibilidade de se tornarem locadores dos alienantes por longo período. Trata-se de operação comumente intitulada no mercado imobiliário como *sale & lease back*.

Se, por um lado, a instituição financeira interessava-se pela alienação de seus ativos imobiliários, por outro, inúmeros investidores sentiram-se atraídos a se tornarem locadores em contratos firmados com grandes empresas e sólidas garantias, durante longo período.

Ato contínuo e seguindo esse cenário de desmobilização de seu capital, sociedades empresárias interessadas em construir suas sedes administrativas, polos industriais, lojas comerciais, dentre outros, verificaram que seria mais interessante delegar essa tarefa a terceiros, sobretudo a empresas especializadas na engenharia civil.

Nessa senda, grandes grupos empresariais perceberam as vantagens de se concentrarem tão somente em sua atividade principal, delegando os custos, a burocracia e as problemáticas de uma construção ou reforma às empresas que efetivamente tinham o *know-how* para tanto.

Isso porque, qualquer reforma ou construção requer, em primeiro lugar, a encomenda e elaboração de projetos arquitetônicos. Além disso, após a finalização dos projetos, faz-se necessária sua aprovação nos órgãos públicos competentes. Em sequência, dando-se início

²<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral.leilao-de-agencia-bancaria-atrai-investidor,20020911p12758>. A notícia relata leilão público realizado no ano de 2002. Acesso em 9 de março de 2015.

à execução da obra, torna-se necessária a escolha da construtora que por ela ficará responsável.

Iniciada a obra, não é incomum a necessidade de revisão do projeto executivo, reexecução de serviços (muitas vezes decorrentes de vícios construtivos) o que, quase sempre, requer inúmeras reuniões entre dono da obra e construtor. Somem-se a isso os atrasos normalmente ocorridos na obra, bem como a necessidade de realizar aditamentos contratuais, majorando-se os valores previamente acordados entre as partes.

Frise-se, também, que finalizada a obra, torna-se necessário, ainda, aguardar a emissão do “habite-se”, AVCB³, dentre outras exigências dos órgãos públicos para que a sociedade empresária possa dar início à ocupação do imóvel e, conseqüentemente, iniciar suas atividades.

Além disso, citem-se os custos envolvidos na operação de aquisição de terreno e construção da obra. Ao ter de alocar recursos financeiros na aquisição de um terreno e construção de uma obra de grande vulto, as empresas acabam imobilizando capital que poderia ser utilizado para outros investimentos.

As sociedades empresárias, portanto, que não possuem em seu objeto social as atividades da engenharia civil, preferem outorgar todas essas obrigações e custos a terceiros, de forma a receberem o imóvel pronto, mediante suas especificações, sem se preocupar com os problemas decorrentes de qualquer obra. Além disso, há enorme economia quando não se tem necessidade de custear a aquisição e/ou construção do imóvel, ficando responsáveis apenas por uma remuneração mensal, ao longo dos anos. Os atuais tempos de crise tornam ainda mais evidente o interesse das empresas em não arcar com os custos para aquisição e construção de imóveis.

³ Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros (A. V. C. B.) é o documento emitido pelo Corpo de Bombeiros da Polícia Militar do Estado de São Paulo (CBPMESP) certificando que, durante a vistoria, a edificação possuía as condições de segurança contra incêndio. Disponível em: <http://www.bombeiros.com.br/new/avcb.php>. Acesso em 7 de abril de 2016.

Nesses termos, como bem ressaltado por Cristiano de Souza Zanetti⁴, o contrato *built to suit* é atrativo por permitir que cada parte persiga o próprio interesse sem perder de foco a respectiva atividade. O empreendedor geralmente atua no ramo imobiliário e, por conseguinte, detém a expertise necessária para levar a obra a efeito. O ocupante, por sua vez, pode contar com instalações construídas sob medida.

Nesse tipo de contratação, grosso modo, um dos contratantes (normalmente intitulado proprietário, empreendedor ou, ainda, de forma menos apropriada, locador) fica responsável pela reforma ou construção sob medida ao futuro ocupante (ou também chamado, de forma menos apropriada, de locatário), sem que haja a transmissão de propriedade, recaindo, sob o primeiro, a obrigação de execução das obras e ao segundo, o pagamento de uma remuneração periódica.

Em sua estruturação mais corriqueira, mediante a aprovação do futuro ocupante, o empreendedor se encarrega da aquisição do terreno, em localização determinada pelo ocupante, assim como da construção do imóvel, de acordo com as especificações daquele. Em contrapartida, a partir do início da utilização do imóvel ou de outra data convencionada no contrato, o ocupante pagará ao empreendedor a remuneração periódica (normalmente mensal) decorrente do uso do imóvel e da construção.

É possível vislumbrar, também, a presença de terceiros, investidores, que adquirirão Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRIs) emitidos com base nos créditos oriundos de um contrato *built to suit*, cujo direito de recebê-los é cedido a uma companhia securitizadora. Nesses termos, a empresa responsável pela aquisição e construção do empreendimento poderá ceder o direito creditório sobre o contrato *built to suit* a uma companhia securitizadora, antecipando os recebíveis daquele contrato, empregando-os em outras atividades.

O *built to suit* vem sendo largamente utilizado para construção de imóveis corporativos, galpões industriais e logísticos, centros de distribuição, dentre outros imóveis. O Poder Público também tem firmado contratos *built to suit* com empresas privadas para construção de imóveis da administração pública.

⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Build to Suit – Qualificação e Consequências*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; e ALMEIDA PRADO, Maurício (org.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 105.

Rodrigo Ruete Gasparetto⁵ elenca uma série de contratos que foram celebrados mediante a modalidade do *built to suit*. Um dos primeiros contratos nacionais de que se teve notícia data de 1997, quando a empresa Dako S.A. contratou a construção de seu projeto industrial, sob determinadas especificações. Como contrapartida, a Dako S.A. se comprometeu a pagar remuneração mensal pelo período mínimo de 120 (cento e vinte) meses, a partir da realização das obras.

A empresa WTorre também se valeu dessa modalidade contratual para celebrar grandes negócios com o grupo hoteleiro francês Accor. Ambas as empresas se uniram para construir e operar de forma conjunta nada menos do que vinte hotéis, em negócio imobiliário de aproximadamente R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). A mesma WTorre também firmou contrato com a Volkswagen do Brasil Ltda., comprometendo-se a construir um centro de distribuição de peças e acessórios. Para tanto, os valores decorrentes da remuneração do contrato serviram de lastro para a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários⁶.

Como principais vantagens, o ocupante terá instalações modernas e sob suas especificações, sem ter de despender enormes somas para adquirir imóveis e realizar as necessárias obras, não havendo necessidade de imobilizar o seu capital, de forma a dar maior eficiência ao seu *core business*, ganhando, assim, capital de giro. Além disso, melhora seus índices de liquidez e contabiliza a remuneração paga ao empreendedor como despesa operacional, permitindo uma redução de sua carga tributária⁷.

⁵ GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos Built to Suit – Um Estudo da Natureza, Conceito e Aplicabilidade dos Contratos de Locação Atípicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Scortecci, 2009. p. 72.

⁶ Mas há outros casos, também bastante conhecidos e divulgados pela mídia. A Faculdade IBMEC no Rio de Janeiro foi construída sob tal modalidade (<http://www.portalvgv.com.br/site/com-mercado-imobiliario-aquecido-built-to-suit-atrai-construtoras-e-investidores/>). Acesso em 9 de março de 2015). Da mesma forma, a Livraria Cultura celebrou contratos de *built to suit* para a construção de duas grandes lojas, cujo uso e fruição lhe serão cedidos por ao menos 15 anos (ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Build to Suit – Qualificação e Consequências*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; e ALMEIDA PRADO, Maurício (org.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 103).

⁷ Fernanda Henneberg Benemond asseverou que o valor da remuneração do ocupante que adota o regime do lucro real será contabilizado como despesa operacional, possibilitando, assim, a dedução pela contratante dos valores pagos a título de imposto de renda pessoa jurídica (IRPJ) e contribuição social sobre lucro líquido (CSLL). BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos Built to Suit*. São Paulo: Almedina, 2013. p. 25.

Já Rodrigo Ruete Gasparetto afirma que a legislação brasileira, no caso de empreendimento próprio, estabelece a impossibilidade de depreciação do custo de aquisição de terreno. Já a construção é depreciável e dedutível da apuração do lucro a uma taxa de 4% ao ano, ou seja, a sua depreciação demora um total de 25 anos. Assim, segundo o autor, no caso do *built to suit*, por se tratar de uma remuneração para a locação, de caráter evidentemente operacional, as despesas são totalmente dedutíveis no momento da incidência, não havendo limitação para seu reconhecimento na apuração dos lucros tributáveis. (GASPARETTO, Rodrigo

Por outro lado, para o empreendedor, além de contar com um investimento de longo prazo⁸, normalmente firmado com empresas de grande porte, com capacidade financeira estável, ainda pode captar recursos a juros menores do que aqueles cobrados por instituições financeiras, por meio da securitização dos créditos advindos do contrato.

Não há como negar, também, que as vantagens do contrato *built to suit* podem, inclusive, extrapolar as partes contratantes. Isso porque o público investidor, sejam pessoas físicas ou jurídicas, pode adquirir os valores mobiliários emitidos recebendo, na maioria das vezes, remuneração muito mais elevada que aquelas oferecidas nas tradicionais aplicações financeiras.

Enfim, esse modelo de contrato, com muitas particularidades, há mais de quinze anos tem sido corriqueiramente firmado por diversas sociedades empresárias brasileiras, atendendo aos anseios dos empresários que pretendem desmobilizar o seu capital e a empresários e investidores que veem boas oportunidades de investimentos.

Por ter se tornado um contrato corriqueiramente firmado entre as empresas, algumas vezes do legislativo passaram a defender a necessidade de sua regulamentação pelo ordenamento brasileiro, sustentando a necessidade de conferir maior segurança jurídica a essa nova modalidade contratual.

Alguns defendiam regulamentação do *built to suit* por meio de alteração da Lei do Inquilinato. Para outros, as regras da Lei do Inquilinato não deveriam ser aplicáveis, por se

Ruete. *Contratos Built to Suit – Um Estudo da Natureza, Conceito e Aplicabilidade dos Contratos de Locação Atípicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Scortecci, 2009. p. 36).

Ainda a respeito das vantagens tributárias decorrentes do contrato *built to suit*, Rodrigo de Freitas e Ricardo Guimarães Loffredo asseveram que para o empreendedor, a eficiência fiscal é verificada quando se opta pelo lucro presumido pois a tributação pelo PIS e pela Cofins, na sistemática cumulativa possui uma alíquota geralmente inferior à alíquota efetiva, apurada na sistemática não cumulativa, além de ser possível reconhecer as receitas pelo regime de caixa. As vantagens tributárias ao ocupante se dá quando, optando pelo lucro real, os valores pagos pela remuneração mensal serão dedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, além de gerar créditos de PIS e Cofins não cumulativo. (FREITAS, Rodrigo de. *Tributação nas operações built to suit e os novos critérios contábeis*. In: *Operações Imobiliárias: Estruturação e tributação*. Coord: Renato Vilela Faria e Leonardo Freitas de Moraes e Castro. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 954-955).

⁸ Segundo Fabio Cilli, nos Estados Unidos da América, o prazo da maioria dos contratos *built to suit* varia de sete a quinze anos, sendo mais comum o prazo de dez anos. No Brasil, é comum verificar o prazo de dez anos como referencial para a maioria dos negócios. No entanto, ainda segundo Cilli, o prazo recomendado para alcançar as expectativas de retorno do empreendedor (payback) é de vinte anos. (CILLI, Fábio. *Empreendimentos do tipo built-to-suit: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência*. Monografia apresentada ao MBA em Gerenciamento de Empresas e Empreendimentos na Construção Civil, com ênfase em *Real State*. São Paulo, 2005. p. 36).

tratar de contrato atípico, com prestações decorrentes do contrato de locação, mas outras decorrentes da empreitada e compra e venda.

Diante disso, por iniciativa do Deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT)⁹, inicialmente, propôs-se Projeto de Lei para consignar que os contratos *built to suit* seriam classificados pela sua atipicidade, e restasse claro, na Lei do Inquilinato, que as disposições daquele diploma não seriam aplicadas a referidos contratos.

Ocorre que após discussões legislativas e, sobretudo, com o apensamento de outro Projeto de Lei, agora de autoria do Deputado Julio Lopes (PP-RJ)¹⁰, passou-se a defender que os contratos *built to suit* eram “modalidade muito utilizada nos países desenvolvidos e que no Brasil não evolui a contento, visto não encontrar a necessária segurança jurídica que brota da ausência de previsão legal, consequentemente de regulamentação, seja no formato do Código Civil, seja na lei do inquilinato”.

Passou-se a defender, portanto, que em vez de consignar que os contratos *built to suit* eram modalidade de contratos atípicos, sem a necessidade de regulamentação, para que se encontrasse a necessária segurança jurídica, seria necessária, na verdade, a sua regulamentação.

Pouco tempo depois da tramitação legislativa, foi sancionada pela Presidente Dilma Rousseff, em 19 de dezembro de 2012, a Lei 12.744/2012, que alterou a Lei do Inquilinato para conferir nova redação ao art. 4^o¹¹ e incluir o art. 54-A¹².

⁹ Projeto de Lei nº 6.562/2009.

¹⁰ Projeto de Lei nº 356/2011.

¹¹ “Art. 4º Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o § 2º do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada”.

¹² “Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

§ 1º Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação.

§ 2º Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.

§ 3º (VETADO).”

O objetivo do presente estudo é realizar uma investigação científica dos contratos *built to suit*. Embora o *built to suit* possa ser firmado com particulares para a cessão do uso de um imóvel residencial ou ser avençado com a administração pública para usos diversos (modalidades que serão brevemente estudadas neste trabalho¹³), este trabalho tem por propósito principal a análise de contratos firmados entre empresas para que o imóvel a ser construído pelo empreendedor seja cedido para destinação comercial ao futuro ocupante. A análise, portanto, é de contratos empresariais¹⁴.

Para tanto, dividimos o estudo em cinco partes. A **primeira parte**, tem por escopo compreender o conceito do contrato *built to suit* e analisar com maior profundidade os projetos que antecederam à aprovação da Lei 12.744/2012. Na **segunda parte** do trabalho procuramos identificar a natureza e qualificação jurídica do contrato, sobretudo pela classificação em tipicidade ou atipicidade contratual. A **terceira parte** tem por escopo investigar a disciplina legal aplicável aos contratos *built to suit* e os problemas decorrentes da aplicação da Lei 8.245/91. Em seguida, na **quarta parte**, por se tratar de um contrato com características muito próprias, cuidaremos de algumas particularidades envolvendo esse contrato. Por fim, na **quinta parte**, faremos o estudo das formas de extinção dos contratos *built to suit*.

Ao longo de todo o trabalho, embora se trate de um trabalho acadêmico, procuraremos abordar aspectos controvertidos dessa nova modalidade contratual, sempre com olhar prático, com o objetivo de que a presente dissertação possa abrir caminhos para a solução de problemas reais e concretos.

¹³ Vide Parte IV.

¹⁴ Segundo Antonio Junqueira de Azevedo, por contrato empresarial, há de se entender o contrato entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, o contrato entre um empresário e um não-empresário que, porém, naquele contrato, visa obter lucro. Ainda segundo o autor, o contrato existencial, por sua vez, é aquele entre pessoas não-empresárias ou, como é frequente, em que somente uma parte é não empresária, desde que esta naturalmente não pretenda transferir, com intuito de lucro, os efeitos do contrato para terceiros. O critério de distinção é exclusivamente subjetivo, se possível, ou se não, subjetivo-objetivo. São existenciais, por exemplo, todos os contratos de consumo (o consumidor é destinatário final das vantagens contratuais ou não visa obter lucro), o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de locação da casa própria, o de conta corrente bancária e assim por diante. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 186).

PARTE I – NOMENCLATURA, CONCEITO E PROJETOS DE LEI ANTECEDENTES À LEI 12.744/2012

1) Nomenclatura

Built to suit, numa tradução literal, significa “construído para servir”. O verbo *built*, no passado, é a forma mais corriqueira para intitular o contrato, no Brasil. Sem prejuízo, também é comum verificarmos o uso no presente: *build to suit*. Essa última forma é mais corriqueira de nomear o contrato no Direito norte-americano¹⁵. Por fim, no mercado imobiliário, o *built to suit* acaba sendo abreviado com maior informalidade simplesmente para BTS.

De qualquer forma, embora seja um contrato originado do Direito norte-americano, não nos parece correta a manutenção da nomenclatura na língua inglesa. Quando do Projeto de Lei 6562-A, após emenda apresentada pelo Deputado Fernando Chucre, o relator Deputado Ricardo Berzoini sustentou a necessidade de ser dada “denominação nacional ao novo instituto, razão pela qual propomos a denominação contrato de construção ajustada”.

Ocorre que a nomenclatura “construção ajustada” possivelmente poderia levar a crer que a empreitada seria a prestação principal de tal contrato, deixando de lado a prestação da locação. Talvez por isso a melhor nomenclatura na língua portuguesa seria “contrato de construção e locação sob medida”.

De qualquer forma, ao longo do presente trabalho, utilizaremos a nomenclatura *built to suit*, que é empregada com mais frequência na doutrina e nos contratos.

¹⁵ Nesse sentido, vide a obra de LYNN, David J.; WANG, Tim. *Emerging Market Real Estate Investment. Investing in China, India and Brazil*. Hoboken, New Jersey: Wiley & Sons, Inc. 2010.

2) Conceito

Embora possa ser considerado contrato socialmente típico, realizado com certa frequência no Brasil, apenas recentemente, com a edição da Lei 12.744/2012, a doutrina nacional passou a produzir textos acadêmicos a respeito do tema. Há livros específicos já publicados¹⁶, além de alguns artigos¹⁷, bem como estudos acadêmicos¹⁸.

Com bastante zelo, alguns juristas preferem conceituar o *built to suit* sem qualificá-lo como contrato de locação. Nesses termos, segundo Cristiano de Souza Zanetti¹⁹, por força do contrato *built to suit*, dada pessoa se obriga a levar a efeito certa construção, conforme determinadas especificações e, em seguida, conferir o direito de uso e fruição ao outro contratante, contra o pagamento de determinado valor.

Da mesma forma, para Luiz Augusto Haddad Figueiredo²⁰, o *built to suit* é o contrato em que uma parte, mediante remuneração periódica compatível com a amortização dos investimentos que fará, obriga-se a executar (construir por si ou por terceiros), em imóvel sob seu domínio que venha a adquirir ou sobre o qual possa construir e explorar, obra encomendada sob medida, para dá-la, por um prazo mínimo, ao uso e gozo da outra parte.

¹⁶ Os livros publicados a respeito do tema são: BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos Built to Suit*. São Paulo: Almedina, 2013; GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos Built to Suit – Um Estudo da Natureza, Conceito e Aplicabilidade dos Contratos de Locação Atípicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Scortecci, 2009 e, mais recentemente; GOMES, Daniel Cardoso. *Contratos Built to suit: Novas Perspectivas em face da Lei 12.744/2012*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016.

¹⁷ Há alguns artigos publicados, entre os quais destacamos: LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato built to suit. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016, p. 419-456; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Build to Suit – Qualificação e Consequências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; e ALMEIDA PRADO, Maurício (org.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011; FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Built to suit. *Revista de Direito Imobiliário*. Ano 35, nº 72, janeiro – junho 2012; VALENÇA, Marcelo José Lomba. Built-to-suit – operação de crédito imobiliário estruturada. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 8 n. 27, janeiro – março 2005; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Rejeição de reformas e revisão do contrato built to suit*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/direito-comparado-rejeicao-reformas-revisao-contrato-built-to-suit>. Acesso em 4 de julho de 2015. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Análise comparativista dos contratos built to suit*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-10/direito-comparado-analise-comparativista-contratos-built-to-suit>. Acesso em 4 de julho de 2015.

¹⁸ Há, também, alguns trabalhos acadêmicos disponíveis. Nesse sentido, consultar: CILLI, Fabio. *Empreendimentos do tipo build-to-suit: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência*. Monografia apresentada à Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005 e ARAUJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2014.

¹⁹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Build to Suit – Qualificação e Consequências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; e ALMEIDA PRADO, Maurício (org.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 102.

²⁰ FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Built to suit. *Revista de Direito Imobiliário*. Ano 35, nº 72, janeiro – junho 2012. p. 172.

Rodrigo Ruete Gasparetto²¹ afirma que o *built to suit* é uma expressão utilizada para identificar os negócios imobiliários em que empresas de setores diversos reduzem sua exposição de capital em imóveis próprios, passando a alugar instalações projetadas sob medida para atender às suas necessidades operacionais.

Rodrigo Leonardo Xavier²² afirma que *built to suit* nomina um contrato mediante o qual um empreendedor se obriga a construir ou reformar um imóvel para adaptá-lo às necessidades específicas de um usuário que, por sua vez, receberá o direito ao uso e/ou fruição desse bem por determinado prazo, mediante o pagamento de uma contraprestação que engloba a remuneração pelo uso e, também, a restituição e retribuição do investimento realizado.

Fernanda Henneberg Benemond²³ asseverou que o *built to suit* consiste em modelo de negócio jurídico no qual a parte interessada em ocupar um imóvel para o desenvolvimento de uma atividade (contratante) contrata com um empreendedor: (i) a construção, pelo próprio empreendedor ou por terceiros, de um empreendimento (edificação) em um determinado terreno (imóvel) e/ou a sua reforma substancial, de forma a atender às especificações e aos interesses da contratante; e, após o término da construção ou reforma substancial, (ii) a cessão do uso e fruição (locação) do terreno com o empreendimento por um valor que permita ao empreendedor remunerar a quantia investida na execução da obra, bem como o período de uso e fruição do imóvel, de modo a lhe proporcionar certa margem de lucro.

Outros autores, contudo, têm conceituado o contrato *built to suit* como um modelo de locação.

Luiz Antônio Scavone Júnior²⁴ assevera que o *built to suit* é negócio jurídico em que uma das partes, “o locatário”, contrata a construção de imóvel com as suas necessidades e o recebe por cessão temporária de uso, mediante pagamentos mensais dos valores pactuados.

²¹ GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos Built to Suit – Um Estudo da Natureza, Conceito e Aplicabilidade dos Contratos de Locação Atípicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Scortecci, 2009. p. 31.

²² LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato built to suit. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016, p. 421.

²³ BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos Built to Suit*. São Paulo: Almedina, 2013. p. 24.

²⁴ SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. *Contrato “built to suit” e a Lei do Inquilinato*. Disponível em: <http://www.scavone.adv.br/index.php?contrato-built-to-suit-e-a-lei-do-inquilinato>. Acesso no dia 7 de julho de 2015.

Marcelo José Lomba Valença²⁵, identificando as diversas obrigações estabelecidas nessa modalidade contratual, afirma que o *built to suit* consiste em um modelo de negócio imobiliário no qual a parte interessada em ocupar o imóvel para o desenvolvimento de uma atividade empresarial contrata com um empreendedor imobiliário (i) a aquisição de um terreno em uma localização estrategicamente selecionada pela contratante; (ii) a construção de um edifício no terreno para atender as necessidades especiais da contratante e (iii) a locação, do empreendedor para a contratante, do terreno com o edifício. Para este autor, o *built to suit* é um contrato de “locação comercial”.

Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe²⁶, por sua vez, afirmam que o contrato *built to suit* revela cuidar de nova modalidade de empreendedorismo que abrange a construção imobiliária de terreno vazio ou para reconstrução, a cargo do futuro “arrendador”, por encomenda e especificações de obra sob medida, para utilização futura por via de subespécie de “arrendamento mercantil ou locação predial tradicional”, sob condição suspensiva, em regimes jurídicos distintos, no interesse de terceiro, isto é, de acordo com necessidades específicas de funcionalidade para desenvolvimento de atividades empresariais do solicitante.

Não há como negar que, em todas as definições, os autores retratam o contrato *built to suit* como modelo contratual que possui prestações decorrentes de um contrato de locação para fins comerciais. Mas, naturalmente, há outras obrigações, nomeadamente decorrentes de contrato de empreitada e, ainda, possivelmente, compra e venda.

Em nosso entendimento, o contrato *built to suit* é modelo de negócio jurídico em que o empreendedor imobiliário reforma ou edifica determinado imóvel sob medida ao ocupante e, finalizada a obra, cede o uso da edificação por período determinado ou indeterminado.

Podemos afirmar, também, que o contrato *built to suit* é classificado como contrato bilateral ou plurilateral, consensual, comutativo, oneroso e de execução periódica.

²⁵ VALENÇA, Marcelo José Lomba. Built-to-suit – operação de crédito imobiliário estruturada. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 8 n. 27, janeiro – março 2005. p. 329.

²⁶ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Locação: questões processuais e substanciais*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 304.

As maiores dificuldades envolvendo o contrato *built to suit* decorrem da qualificação da natureza jurídica, classificação pela tipicidade ou atipicidade contratual e como um contrato de longa duração.

Antes, contudo, necessário entendermos os projetos de Lei que antecederam à Lei 12.744/2012. Analisemos.

3) Projetos de Lei antecedentes à Lei 12.744/2012

Por primeiro, antes de definirmos as normas jurídicas aplicáveis aos contratos *built to suit*, analisemos os projetos de Lei precedentes à Lei 12.744/2012 (responsável pela alteração do art. 4º e inserção do art. 54-A, na Lei do Inquilinato). Referida lei teve origem em dois Projetos de Lei (6.562/2009 e 356/2011), ambos provenientes da Câmara dos Deputados.

Em sua redação original, o PL 6.562/2009²⁷, de autoria do Deputado Carlos Bezerra, após uma breve explanação dos contratos *built to suit* e referindo-se ao art. 425, do Código Civil²⁸, afirmou que essa modalidade contratual, por trazer obrigações decorrentes de um contrato de locação, estaria sendo entendida, inadvertidamente, por alguns, como hipótese de contrato locatício.

Todavia, ainda segundo o projeto, “as particularidades dessa modalidade de contratação mostram-se incompatíveis com algumas disposições da Lei do Inquilinato, em especial aquelas atinentes ao prazo máximo de vigência, à denúncia, à ação revisional e à multa compensatória”.

Nesses termos, segundo a proposta original, “o objetivo da presente proposição é conferir segurança jurídica aos contratantes dessa operação, sem, contudo, mitigar seu dinamismo e evolução. Desse modo, decidimos manter o caráter atípico, restringindo-nos a estabelecer que os dispositivos da Lei do Inquilinato não terão incidência, salvo se as partes dispuserem em sentido contrário”.

Como se vê, o objetivo do projeto, em sua proposta original, era conferir máximo respeito às estipulações contratuais firmadas entre as partes, reiterando-se a atipicidade dos contratos *built to suit* e apenas corroborando que suas disposições não se aplicavam à Lei do Inquilinato. Nesses termos, propunha-se a redação do seguinte dispositivo, que seria acrescentado à Lei do Inquilinato:

²⁷ Íntegra disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=38E7F3E0F1C2BEC2915D604D6D1E5A1E.proposicoesWebExterno2?codteor=723215&filename=PL+6562/2009. Acesso em 20/12/2016.

²⁸ “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Art. 76-A. Não se aplicam as disposições desta lei aos contratos em que a locação decorre de operações em que a contratada adquira ou constrói, por si ou por terceiros, o imóvel indicado pela contratante e cede a ela o uso do imóvel por tempo determinado (*built to suit*), salvo se as partes expressamente dispuserem em contrário.

Excluía-se, portanto, a aplicação da Lei do Inquilinato aos contratos *built to suit*, exatamente porque se entendia que a disciplina da Lei 8.245/91 não era compatível com essa modalidade contratual.

Fato é que a referida proposta, em março de 2010²⁹, recebeu uma emenda, de autoria do Deputado Fernando Chucre, que propunha um texto diametralmente contrário à redação original. Segundo a emenda, em vez de determinar a exclusão dos contratos *built to suit* na Lei do Inquilinato, a proposta deveria, em verdade, “abrigar o dispositivo” naquele diploma legal.

Nesses termos, ofereceu-se a seguinte redação, que também seria acrescida à Lei do Inquilinato:

Art. 54-A: Na locação de imóvel urbano destinado a fim não residencial, em que a locação decorra de operações em que a contratada adquira, construa ou reforme substancialmente, por si ou por terceiros, o imóvel indicado pela contratante e loque a ela o imóvel por prazo determinado, prevalecerão às condições livremente pactuadas nos contratos respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.

Parágrafo 1º: Poderá ser convenionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis, durante o prazo de vigência do contrato de locação, assim como a indenização devida pelo locatário em caso de denúncia unilateral do contrato, desde que não exceda à somatória dos aluguéis a receber até o termo final contratado para a locação.

Encaminhado o texto à Comissão de Constituição e Justiça, em dezembro de 2010, o parecer do deputado Índio da Costa asseverou que o contrato *built to suit* é “uma modalidade

²⁹ Tramitação disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=463134>. Acesso em 20/12/2016.

muito utilizada nos países desenvolvidos e que no Brasil não evolui a contento, visto não encontrar a necessária segurança jurídica que brota da ausência de previsão legal, conseqüentemente de regulamentação, seja no formato do Código Civil, seja na lei do inquilinato”.

Ainda segundo o parecer, “a pretensão de trazê-la ao regramento da lei especial é justamente no interesse de mantermos sob este alicerce todas as modalidades de locações existentes no mercado, especialmente pela dinâmica procedimental e processual já nela consagrada”.

Asseverou-se, ainda, que a ausência da regulamentação do contrato *built to suit* faria com que grandes fundos imobiliários dessem preferência a certos investimentos “em países que já possuem um regramento ajustado”.

Sustentou-se que “os poucos empreendimentos lançados, diante do vácuo legislativo têm enfrentado problemas quanto às possíveis interpretações do Judiciário, quanto à possibilidade de renúncia ao direito de revisão dos aluguéis; quanto aos limites da multa pela rescisão antecipada gerada pelo locatário; quanto à possibilidade de utilização do parágrafo único do art. 473 do Código Civil; quanto à possibilidade de securitização destes créditos locatícios, entre outros problemas”.

Nesses termos, ao contrário da proposta original, o projeto passou a defender a necessidade de regulamentação da modalidade contratual do contrato *built to suit*, como forma de empregar maior segurança jurídica.

Em seguida, em janeiro de 2011, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o projeto foi arquivado. O desarquivamento deu-se em fevereiro de 2011, momento em que foi apensado ao PL 356/2011. Esse último projeto, por sua vez, tinha por intuito a modificação do art. 4º da Lei do Inquilinato, nos seguintes termos:

Art. 4º: Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o parágrafo 2º, do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando

a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou na sua falta, a que for judicialmente estipulada.

Conforme se verifica, objetivava o dispositivo excepcionar a regra contida no art. 4º, da Lei do Inquilinato, para que a multa, nos casos do contrato *built to suit*, fosse paga de forma integral, sem qualquer redução proporcional. No mais, a redação também previa a inclusão do art. 54-A, nos mesmos termos do PL 6.562/2009.

Ambos os projetos, portanto, tramitavam de forma conjunta e foram apresentados à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, tendo sido apresentado Parecer pelo Deputado Ricardo Berzoini. O parecer defendia que os contratos *built to suit* não poderiam ser considerados contratos locatícios comuns. Segundo o Relator, “sendo própria da natureza desse novo contrato a incompatibilidade com as regras comuns da ação revisional e denúncia da locação, esta é a razão pela qual a justificação aponta a necessidade da modificação legislativa pretendida pelo projeto”.

Mas ainda que se tenha afirmado que os contratos *built to suit* não se confundiam com contratos de locação, o parecer do Deputado Ricardo Berzoini defendia a regulamentação do instituto porque, segundo o Relator “o direito é dinâmico e deve mudar conforme se modifica a vida social e suas exigências. Como tais contratos *built to suit* são cada vez mais frequentes, é forçoso que a lei os ampare e garanta seu cumprimento”.

De todo modo, mesmo tendo defendido a sua regulamentação, em novo Parecer apresentado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em outubro de 2011, o deputado Ricardo Berzoini ressaltou que esses contratos eram “atípicos”. Aparentemente, portanto, embora tenha entendido pela necessidade de regulamentação do instituto e inserção na Lei do Inquilinato, tal fato não teria eliminado a característica da atipicidade do contrato *built to suit*.

Apresentou-se, ao final, a redação última da proposta³⁰, nos seguintes termos:

³⁰ <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/933169.pdf>. Acesso em 29 de junho de 2015.

Art. 1º Esta Lei altera a redação do art. 4º e acrescenta o art. 54-A à Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, que dispõe sobre as locações de imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes, a fim de tratar da locação nos contratos de construção ajustada.

Art. 2º O caput do art. 4º da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 4º Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o § 2º do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada.”(NR)

Art. 3º A Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts.:

“Art. 54–A. Na locação de imóvel urbano destinado a fim não residencial e naquelas em que a locação decorra de operações em que o empreendedor adquira, construa ou reforme substancialmente, por si ou por terceiros, o imóvel indicado pelo pretendente a locação, locando-o por prazo determinado, prevalecerão às condições livremente pactuadas nos contratos respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

§ 1º Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação.

§ 2º Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.

§ 3º Os valores relativos aos aluguéis a receber até o termo final contratado serão livremente negociáveis pelo locador junto a terceiros, desde que devidamente registrado o contrato de locação no registro de títulos e documentos da situação do imóvel, na forma dos arts. 286 a 298 do Código Civil, responsabilizando-se o locatário e eventuais garantidores pelo respectivo adimplemento.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

O texto seguiu para a sanção presidencial e no dia 19 de dezembro de 2012 foi aprovada a Lei 12.744/2012. A Lei não foi integralmente aprovada, tendo sido vetado o § 3º do art. 54-A.

As razões do veto foram relatadas na mensagem 580, destinada ao Senhor Presidente do Senado Federal, nos seguintes termos:

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 60, de 2012 (nº 6.562/09 na Câmara dos Deputados), que ‘Altera o art. 4º e acrescenta art. 54-A à Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991’, que ‘dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes’, para dispor sobre a locação nos contratos de construção ajustada.

Ouvido, o Ministério da Justiça manifestou-se pelo veto ao seguinte dispositivo:

§ 3º do art. 54-A da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, inserido pelo art. 3º do projeto de lei:

§ 3º Desde que devidamente registrado o contrato de locação no registro de títulos e documentos da situação do imóvel, os valores relativos aos aluguéis a receber até o termo final contratado serão livremente negociáveis pelo locador com terceiros, na forma dos arts. 286 a 298 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), responsabilizando-se o locatário e eventuais garantidores pelo respectivo adimplemento.

Razões do veto

Ao exigir que o contrato seja levado ao Registro de Títulos e Documentos, o dispositivo cria ônus adicional, contrário à própria finalidade do projeto. Ademais, a supressão do dispositivo não obstrui a cessão de crédito nos termos da legislação vigente.

Pois bem.

É interessante verificar a dinâmica temporal da proposta. Inicialmente, o projeto tinha por intuito reafirmar a liberdade das partes nos contratos *built to suit*, prestigiando-se a autonomia privada e a atipicidade dos contratos *built to suit*.

Ocorre que, durante o trâmite legislativo, passou-se a entender que a segurança jurídica adviria, exatamente, pela inserção dessa modalidade contratual no texto legislativo, nomeadamente na Lei do Inquilinato.

Veja-se, ainda, que a tramitação legislativa ocorreu de forma bastante célere, sem que se tenha notícia dos estudos necessários a respeito da necessidade (ou não) de regulamentação dos contratos *built to suit*, sobretudo dentro do sistema da Lei do Inquilinato.

Antes de realizarmos as necessárias críticas à Lei 12.744/2012, passemos à segunda parte do presente trabalho, analisando a natureza jurídica do *built to suit* e classificação pela tipicidade ou atipicidade contratual.

PARTE II – CONTRATOS *BUILT TO SUIT*: DIFICULDADES DE QUALIFICAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA E POSSÍVEIS CLASSIFICAÇÕES

1) Qualificação da natureza jurídica do contrato *built to suit*

A qualificação da natureza jurídica do contrato *built to suit* não é matéria simples. Para tanto, inicialmente, necessário valermos-nos dos ensinamentos de Antônio Junqueira de Azevedo a respeito dos elementos do negócio jurídico.

Segundo a classificação de Antonio Junqueira de Azevedo³¹, os elementos do negócio jurídico dividem-se da seguinte forma: (a) *elementos gerais*, isto é, comum a todos os negócios; (b) *elementos categoriais*, isto é, próprios de cada tipo de negócio; c) *elementos particulares*, isto é, aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem comuns a todos os negócios ou a certo tipo de negócios.

Ainda segundo o autor, os *elementos gerais intrínsecos* ou *constitutivos* são aqueles indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio, vale dizer, aquilo que efetivamente constitui o negócio, ou seja, a forma, objeto e circunstâncias negociais. Já os *elementos gerais extrínsecos* são tempo, lugar e agente, dos quais os dois primeiros são comuns a todo fato jurídico e o último, ao ato jurídico em sentido amplo³².

Sem os citados elementos gerais, qualquer negócio se torna impensável. Basta a falta de um deles para inexistir o negócio jurídico.

Todavia, se descermos na escala da abstração e passarmos às diversas categorias de negócios, esses elementos gerais, sempre necessários, já não serão suficientes. A eles se deverão acrescentar os elementos próprios de cada categoria, isto é, os *elementos categoriais*³³.

³¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 32.

³² AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 33.

³³ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 35.

E são exatamente os *elementos categoriais* que indicam a *natureza jurídica* de cada negócio. Os elementos categoriais são revelados pela análise doutrinária da estrutura normativa de cada categoria de negócio³⁴. Nesses termos, são exemplos de categorias de negócio: compra e venda, doação, depósito, locação, empreitada, dentre outros.

Os *elementos categoriais* podem ser *essenciais*³⁵ ou *inderrogáveis*; servem para definir cada categoria do negócio e, portanto, caracterizam sua essência. São exemplos: o consenso sobre coisa e preço, na compra e venda; a manifestação do *animus donandi* e o acordo sobre a transmissão de bens ou vantagens na doação.

Mas os *elementos categoriais* também podem ser *naturais*, ou seja, podem ser afastados pela vontade das partes, sem que, por isso, o negócio mude de tipo. Como exemplo, podemos citar a responsabilidade pela evicção, na compra e venda; a responsabilidade pelos vícios redibitórios, nos contratos comutativos, dentre outros³⁶.

Nesses termos, cada tipo de negócio tem elementos que caracterizam a essência (*essentialia negotii*) e elementos que resultam da natureza, sem que, porém, se afastados pela vontade das partes, o negócio mude de figura (*naturalia negotii*). Os primeiros são inderrogáveis, no sentido de que, se derogados, já não teremos aquele negócio, enquanto os segundos são derogáveis, no sentido de que, mesmo repelidos pelas partes, seu regime jurídico continuará o mesmo.

Essa mesma lição também é acompanhada por outros juristas. Guilherme Moreira³⁷ distinguiu os elementos *específicos* e os elementos *naturais*. *Específicos* são os que não podem ser alterados por vontade das partes. Os elementos *naturais* são os que as partes podem regular como lhes aprouver, aplicando-se apenas as normas legais na falta de declaração.

³⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 35.

³⁵ Segundo Rui Pinto Duarte, a doutrina portuguesa não possui um consenso a respeito da terminologia para qualificar os elementos essenciais do negócio jurídico. Há autores que utilizam adjetivos aos elementos “essenciais”. Alguns se valem de palavras como “particulares”, “específicos”, “característicos”, “próprios”. (PINTO DUARTE, Rui. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 81).

³⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 36.

³⁷ MOREIRA, Guilherme. *Instituições de Direito Civil Português*. V. II, Coimbra, 1911. p. 599.

Pedro Pais de Vasconcelos³⁸, por sua vez, assevera que os *essentialia* são os elementos definitórios do conceito, aqueles que constituem a definição daquele tipo de negócio, que o distinguem dos demais. Já os *naturalia* têm a ver com os efeitos do contrato, com eficácia simplesmente regulativa e integrativa, mas não qualificante³⁹.

De acordo com a lição de Antônio Junqueira de Azevedo a respeito dos elementos do negócio jurídico, indaga-se: quais seriam, nos contratos *built to suit*, os elementos categoriais essenciais e os naturais?

O próprio art. 54-A, da Lei do Inquilinato indica alguns dos elementos categoriais essenciais ou inderrogáveis desse negócio jurídico. O início do dispositivo assevera: “*na locação não residencial de imóvel urbano [...]*”. Verifica-se, portanto, inegavelmente a presença de elementos categoriais essenciais do contrato de locação não residencial.

E quais seriam os elementos categoriais essenciais do contrato de locação? O art. 565, do Código Civil, indica tais elementos. Segundo o preceito legal, na locação uma das partes se obriga a ceder, à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo da coisa não fungível, mediante certa retribuição.

Dessa forma, poderíamos afirmar que, no contrato de locação, os elementos categoriais essenciais são (i) cessão, por tempo determinado ou indeterminado, do uso e gozo do bem e (ii) a remuneração em razão do uso e gozo da coisa⁴⁰.

³⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 83.

³⁹ Da mesma forma, Pontes de Miranda assevera que no suporte fático do negócio jurídico, há elementos volitivos e elementos não volitivos. Os elementos volitivos, sem os quais seria insuficiente o suporte fático, são os *essentialia negotii*. Assim, sem os *essentia negotii*, o negócio **não seria jurídico** (= não entraria no mundo jurídico). Já os elementos não volitivos do negócio jurídico seriam os *naturalia negotii* que, ainda segundo Pontes de Miranda, correspondem a superfluidades, explicitações, que estão no plano da eficácia. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral – Negócios jurídicos*. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. Tomo 3. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 65-66).

⁴⁰ Para Pedro Romano Martinez, três são os elementos do contrato de locação: (i) pressupõe-se que se proporcione a outrem o gozo de uma coisa; (ii) o gozo terá de ser concedido de forma temporária; (iii) o gozo é proporcionado mediante retribuição. (MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações. Parte Especial (Contratos)*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 160). Por sua vez, Álvaro Villaça de Azevedo e Rogério Lauria Tucci, em obra clássica a respeito da locação predial urbana, classificam os *elementos essenciais* da locação da seguinte forma: (i) elemento subjetivo: relacionado com os sujeitos que intervêm na relação jurídica: locador e locatário; (ii) elemento objetivo: referente ao objeto negocial, qual seja, a cessão da posse do imóvel e a retribuição. Por fim, como *elementos acidentais*, referidos autores asseveram que os elementos formal e temporal não são essenciais, mas secundários, pois o contrato de locação não necessita de forma especial para valer e, muito menos, de prazo determinado, para existir. (AZEVEDO, Álvaro Villaça; TUCCI, Rogério Lauria. *Tratado de locação predial urbana*. Vol. I. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 27-31).

A Lei do Inquilinato, por sua vez, possibilita que, nos contratos *built to suit*, seja “convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação” (art. 54-A, § 1º). O fato de as partes poderem afastar a possibilidade da ação revisional demonstra que esse é um elemento categorial *natural*.

Mas o contrato *built to suit* não possui apenas elementos categoriais essenciais relativos às prestações da locação. Analisando-se, novamente, o art. 54-A, da Lei do Inquilinato, verificamos que o dispositivo assevera: “na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação [...]”.

Veja-se, em primeiro lugar, que ao referir-se à “construção ou substancial reforma”, estamos diante de prestações decorrentes do contrato de *empreitada*.

A respeito dos elementos categoriais essenciais do contrato de empreitada, destaque-se, em primeiro lugar, (i) a realização de uma obra, (ii) mediante remuneração a ser paga pelo contratante. No tocante ao conceito operativo da palavra *obra*, historicamente, verificou-se certa dúvida da doutrina⁴¹. Divergiam os autores a respeito da interpretação do que poderia ser considerada uma obra: coisas corpóreas ou, ainda, incorpóreas.

⁴¹ Pelos portugueses, Pedro Romano Martinez, por exemplo, sustenta que as criações intelectuais não se devem enquadrar no conteúdo da empreitada, na medida em que, pela natureza da própria obrigação, tem de se admitir que o criador possa desistir a todo o tempo da atividade a que se obrigou, e, na empreitada, tal possibilidade só é concedida ao dono da obra (art. 1229, do Código Civil português). (MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações. Parte Especial (Contratos)*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 391). Pelos brasileiros, numa interpretação mais ampliada, admitia-se que o contrato de empreitada também pudesse ter como objeto a criação intelectual ou artística (Nesse sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. v. III. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 367 e GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Cresenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 362. Ocorre que a melhor doutrina, nos últimos anos, entende que a empreitada tem por objeto execução ou projeto de obra de engenharia. Segundo Teresa Ancona Lopez, têm razão aqueles que interpretam o termo “obra” de maneira restritiva, ou seja, ligado à ideia de construção e reparação de edifícios e de bens móveis, como às demais obras de engenharia (construção de pontes, represas, usinas hidrelétricas). Segundo a autora, o texto legal cuida de obra como algo material e tangível. Isso porque a criação intelectual não segue regras e planos por parte do contratante. É fruto da atividade criativa da pessoa. Mas é característica da empreitada que se execute a obra, segundo plano de quem a encomendou e sob sua fiscalização (art. 619) sem ter o empreiteiro poder de criar livremente, pois sempre seguirá instruções do dono da obra. Além disso, como segundo argumento, uma visão mais ampla do termo obra acabaria por significar o quase desaparecimento do contrato de locação. (LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil. Parte especial. Das várias espécies de contrato*. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva: 2003. p. 248).

Essa discussão, todavia, tem menor importância ao presente estudo, porque, nos contratos *built to suit*, sempre estaremos tratando a respeito de uma obra de engenharia civil, uma vez que a construção será utilizada para ocupação do contratante.

O problema maior, provavelmente, envolve a *extensão* da obra. Isso porque o art. 54-A, da Lei do Inquilinato, afirma que estaremos diante das hipóteses de *built to suit* quando a obra compreender a construção de edifício ou a sua substancial reforma.

E se o contrato estabelecido entre as partes determinar, por exemplo, uma reforma de menor complexidade, mas a pedido e nos exatos termos determinados pelo contratante? Seria o caso, por exemplo, da substituição de pisos, vidros e outros revestimentos de uma construção. Certamente, pelo critério quantitativo, o volume da obra atingiu poucos sistemas, vez que a estrutura, parte elétrica, hidráulica, segurança e demais itens, não foram alterados.

Nesse caso, ou seja, quando locador e locatário acordam que o proprietário do imóvel realizará pequenos ajustes no imóvel, logo após o início da locação ou antes mesmo da cessão do uso, não estamos diante de contrato *built to suit*, mas locação, simplesmente. Frise-se que o art. 22, inciso I, da Lei 8.245/91, estabelece que o locador é obrigado a “entregar ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina”.

Nos parece que a determinação da construção ou reforma estabelecida no art. 54-A é diversa. Trata-se de reforma realizada sob encomenda e para os fins necessários à atividade mercantil do ocupante e não necessariamente para servir ao uso a que o imóvel se destina. Não se trata da realização de pequenos ajustes para melhorar a condição do uso do imóvel, mas propriamente uma reforma ou construção consoante as determinações específicas do ocupante.

Exemplificando, um sobrado comercial oferecido a locação, nos termos do art. 22, inciso I, deve ser reformado pelo proprietário para a atividade comercial em geral, podendo o imóvel ser adaptado para consultórios médicos, escritórios de advocacia, consultórios odontológicos e assim por diante. Segundo Sílvio de Salvo Venosa⁴², nos termos do dispositivo mencionado, um imóvel destinado à habitação deve ser idôneo para a moradia,

⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática*. 8ª ed. 3ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006. p. 114.

assim como um imóvel destinado ao comércio deve permitir a mercancia. Nada obsta, também, que ao longo do contrato de locação em curso, por um ajuste comercial firmado entre as partes, o proprietário obrigue-se a substituir as portas de madeira por portas de vidro, para que o locatário permaneça no imóvel por mais tempo. Essa melhoria na condição de uso também não significaria contrato *built to suit* ou empreitada.

No mesmo sentido, se o interessado em alugar um determinado sobrado comercial, por exemplo, exigir a substituição do telhado como forma de firmar o contrato de locação, caso essa solicitação seja atendida pelo locador, não estamos diante de um contrato *built to suit*.

A reforma determinada no art. 54-A é aquela em que o proprietário, por exemplo, reforma substancialmente um galpão para que seja recebida a indústria de produção de peças automotivas do ocupante (reforma essa, reitere-se, realizada sob encomenda deste). A diferença foi atentada pelo legislador. Isso porque a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, apreciando o Projeto de Lei 6.562/2009, asseverou que seria necessária a prestação de reforma substancial do imóvel.

Segundo o Relator Ricardo Berzoini, o expurgo desse termo “na nossa proposição poderia criar um cenário de uma simples reforma, pretender remeter esta locação a uma nova ordem jurídica, em desrespeito ao seu real significado e grandeza”.

Diante disso, poderíamos afirmar que, nos contratos *built to suit*, também há elementos categoriais essenciais da empreitada, quais sejam: (i) construção ou substancial reforma de imóvel; (ii) remuneração a ser paga pelo ocupante. A remuneração da construção, contudo, não é obrigatoriamente separada da remuneração pelo uso da coisa. No contrato *built to suit*, normalmente o valor mensal pago pelo ocupante remunera a cessão do uso e também a construção realizada, sem distinguir os valores. Como bem ressaltado por José Paulo Marzagão⁴³, a remuneração do contrato *built to suit* não consiste apenas em uma contraprestação pelo mero uso do imóvel pela contratante, mas também pelo desenvolvimento do imóvel pela contratada para dispor seu uso à contratante pelo prazo

⁴³ MARZAGÃO, José Paulo. *Regime jurídico do built-to-suit*. In: Operações Imobiliárias: Estruturação e tributação. Coord: Renato Vilela Faria e Leonardo Freitas de Moraes e Castro. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 124.

avençado. Além disso, corriqueiramente a remuneração mensal só se inicia após a entrega das chaves ao ocupante.

Por fim, pela leitura do art. 54-A, da Lei do Inquilinato, verificamos que o contrato *built to suit* também pode conter os elementos da compra e venda de imóveis. Segundo o dispositivo “na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma [...]”.

Na lição de Orlando Gomes⁴⁴ compra e venda é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo, em contraprestação, determinada soma de dinheiro. Esses, portanto, os elementos categoriais inderrogáveis da compra e venda.

Nos contratos *built to suit*, a prática contratual demonstra que na maioria dos casos o empreendedor *obriga-se* a adquirir imóvel de terceiro (ou adquirir direito real de superfície de imóvel alheio – conforme será verificado à frente), para nele erigir a construção sob medida ao ocupante. Nessa hipótese, o futuro ocupante não terá qualquer participação no contrato de compra e venda (ou direito real de superfície), uma vez que esse será firmado tão somente entre o empreendedor e o proprietário do imóvel (terceiro)⁴⁵.

Sendo assim, nessa primeira hipótese, firmado o contrato *built to suit*, o empreendedor obriga-se, primeiramente, a adquirir imóvel com características determinadas pelo futuro ocupante. Tendo sido selecionado e aprovado o imóvel pelo futuro ocupante, após a aquisição do bem, o empreendedor dá início às obras. Ressalte-se, novamente, que nessa hipótese, os elementos da compra e venda não estão presentes no contrato *built to suit* firmado entre as partes. Como asseverado, o empreendedor imobiliário obriga-se a realizar uma prestação de fazer, qual seja, adquirir determinado bem que seja aprovado pelo futuro ocupante. Todavia, isso não significa que a prestação da compra e venda seja executada pelo empreendedor e futuro ocupante.

⁴⁴ GOMES, Orlando. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Cresenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 265.

⁴⁵ Embora empreendedor e futuro ocupante tenham firmado contrato particular de *built to suit*, o contrato de venda e compra firmado entre o empreendedor e terceiro deverá ser realizado mediante escritura pública, para que seja atendido o requisito determinado no art. 108, do Código Civil.

Por outro lado, é possível imaginarmos que o futuro ocupante já seja proprietário de um terreno, onde pretende ver erigida a obra. Nessa segunda hipótese é possível aventarmos que ao firmar contrato *built to suit*, o empreendedor obriga-se a adquirir o próprio imóvel do futuro ocupante para, ato contínuo, dar início às obras necessárias.

Assim, as partes poderão determinar, no instrumento particular do *built to suit*, a obrigação do empreendedor adquirir o imóvel do ocupante, além de consignar as prestações decorrentes da construção e cessão do uso. Já em instrumento apartado, firmado entre empreendedor e ocupante, as partes deverão lavrar escritura pública de venda e compra⁴⁶.

Ainda na hipótese da compra e venda ser realizada entre empreendedor e futuro ocupante, as partes poderão, também, estabelecer todas as obrigações do contrato *built to suit* numa mesma escritura pública, ocasião em que a compra e venda atenderá ao requisito de validade da Lei (art. 108, do Código Civil⁴⁷), imposta para a transmissão da propriedade. Nessa hipótese, as prestações da compra e venda, empreitada e cessão do uso estarão compreendidas em um mesmo instrumento público. Para tanto, as partes deverão atender aos requisitos necessários para que seja lavrada escritura pública (art. 215, § 1º, do Código Civil⁴⁸).

Sem prejuízo, ainda que os contratantes não tenham firmado o contrato de compra e venda (hipótese em que o empreendedor adquiriu imóvel de terceiro) nada obsta que firmem

⁴⁶ Essa situação aproxima-se do contrato *sale & lease back*, com a diferença que nesse contrato, inexistente a prestação da empreitada.

⁴⁷ “Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

⁴⁸ Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

§ 1º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter:

I - data e local de sua realização;

II - reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas;

III - nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação;

IV - manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes;

V - referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato;

VI - declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;

VII - assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.

o contrato *built to suit* por escritura pública, estabelecendo, no instrumento público, as obrigações da construção e cessão do uso⁴⁹.

Até porque, nos termos do art. 109, do Código Civil⁵⁰, permite-se, no âmbito da autonomia dos contratantes, o poder de derogar a liberdade de forma para garantia de maior formalidade do contrato, integrando a solenidade ao negócio jurídico.

Assim, caso o negócio jurídico firmado entre as partes compreenda a venda do imóvel, *obrigatoriamente* as partes deverão lavrar escritura pública, mas, não sendo transferida propriedade, *facultativamente* poderão firmar o instrumento público.

A maior dificuldade, certamente, será o registro da escritura pública ou mesmo do instrumento particular de contrato *built to suit* no cartório imobiliário. Por isso que, para não dificultar a transferência da propriedade, caso o negócio jurídico firmado pelas partes compreenda as prestações da compra e venda, empreitada e cessão do uso, como forma de não ver obstado o registro da compra e venda, sugere-se que a transferência da propriedade seja firmada em instrumento apartado das prestações da empreitada e cessão do uso. Todavia, desde já manifestamos nosso entendimento que o cartório imobiliário não poderia apresentar óbices para o registro de um título que compreenda todas aquelas prestações. Essa questão será melhor estudada na Parte IV, capítulo 4.

Retornando ao estudo da natureza jurídica, deve restar claro que, em todas as hipóteses, ou seja, tendo o empreendedor adquirido o imóvel de terceiros ou do próprio futuro ocupante, ao longo do contrato *built to suit*, o proprietário deverá ser o empreendedor e nunca o ocupante. Até porque, fosse o ocupante o proprietário do imóvel, inexistiria a prestação da cessão do uso (locação). Caso o empreendedor realizasse obra no imóvel do ocupante, autorizando o pagamento de forma parcelada no tempo, teríamos um contrato típico de empreitada e nada mais (é possível, contudo, que o proprietário/ocupante tenha

⁴⁹ Ressalte-se, contudo, que a escritura pública não é essencial à validade do contrato *built to suit*, que não é um contrato solene. O contrato *built to suit*, portanto, poderá ser firmado por instrumento particular. A escritura pública é apenas requisito necessário em caso de aquisição de imóvel que supere 30 salários mínimos, nos termos do art. 108, do Código Civil.

⁵⁰ “Art. 109: No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato”.

conferido direito de superfície à terceiros, o que não inviabilizaria, nesse caso, a formatação do *built to suit*).

Assim, como verificado, o contrato *built to suit* sempre possuirá a prestação da locação, uma vez que haverá a cessão da fruição e uso da coisa, mediante remuneração. Da mesma forma, sempre haverá a prestação da empreitada, porque o *built to suit* requer a realização de construção ou substancial reforma do imóvel que será cedido ao ocupante.

Nesses termos, é possível imaginarmos o seguinte quadro:

- a) Empreitada + Locação = *Built to Suit*
- b) Compra e Venda + Empreitada + Locação = *Built to suit*

Segundo Rodrigo Xavier Leonardo⁵¹, são elementos indispensáveis para a qualificação do *built to suit* (i) a estipulação da obrigação de fazer, adquirir, construir ou reformar determinado bem imóvel para cedê-lo ao uso e/ou fruição onerosamente; (ii) a previsão do preço para pagamento pelo credor do uso e/ou fruição, mediante prestação que envolva a retribuição pelo uso e pelo investimento e, por fim, (iii) a determinação de prazo certo para a cessão do uso⁵².

Naturalmente que a criatividade dos contratantes e a autonomia privada podem fazer com que outros institutos jurídicos sejam utilizados à margem do contrato *built to suit* visando a concretizar o negócio jurídico.

Nesse sentido, por exemplo, Fernanda Henneberg Benemond⁵³ afirma que as partes poderão acordar no *built to suit* que o empreendedor, em vez de adquirir determinada propriedade (compra e venda) obriga-se a adquirir *direito real de superfície* sobre

⁵¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato *built to suit*. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016, p. 427.

⁵² Discordamos parcialmente de Rodrigo Xavier Leonardo. Não nos parece que o prazo do contrato *built to suit* deva ser fixado por prazo *determinado*. Não há nenhuma determinação legal nesse sentido. Ainda fosse considerado contrato típico de locação comercial, a própria Lei do Inquilinato permite que o contrato seja firmado por “qualquer prazo”, dependendo apenas da vênua conjugal para contratos por prazo superior a 10 anos (art. 3º, da Lei do Inquilinato). Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, ao comentar o art. 3º, afirma que a Lei do Inquilinato permite que os contratos vigorem por qualquer tempo, seja prazo determinado ou indeterminado. Segundo o autor, impera, nesse domínio, sem maiores restrições, a regra da autonomia privada. (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: Dos Contratos em Geral*. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25).

⁵³ BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos Built to Suit*. São Paulo: Almedina, 2013. p. 59.

determinado terreno para, posteriormente, realizar o empreendimento e ceder o uso da posse ao futuro ocupante.

A situação parece factível. Imagine-se a hipótese em que o proprietário de um determinado terreno, sem capital para investir na construção, recebe oferta de empreendedor imobiliário para que seja cedido o direito real de superfície do terreno pelo prazo determinado de vinte anos, oportunidade em que o empreendedor, além de pagar uma determinada quantia, irá executar um empreendimento imobiliário no prazo de até trinta meses.

Com o aceite do proprietário, o empreendedor-superficiário poderá construir no terreno, tornando-se proprietário resolúvel das acessões, enquanto o proprietário mantém a titularidade sobre o solo (art. 1.369, do Código Civil⁵⁴).

Firmado contrato *built to suit* e finalizada a obra, o empreendedor-superficiário cede o direito de uso do imóvel ao ocupante. Findo o prazo do *built to suit*, o empreendedor-superficiário obtém o retorno de seu investimento e o proprietário, antes detentor de um terreno sem finalidade, agora possui um empreendimento imobiliário (art. 1.375, do Código Civil) e poderá vendê-lo ou mesmo alugá-lo ao ocupante ou a terceiros.

Essa circunstância também pode ser bastante favorável ao empreendedor que, em vez de despender elevado valor na aquisição do terreno, paga um valor muito abaixo do preço de venda para que possa ter o direito de superfície sobre o terreno e nele erigir a obra.

Atente-se que, no caso descrito acima, há dois negócios jurídicos distintos, com a participação de três pessoas diversas. No instrumento público de concessão do direito real de superfície, o proprietário concede ao investidor-superficiário o direito de construir em seu

⁵⁴ As partes podem constituir direito de superfície com fundamento no Código Civil, sem prejuízo de elegerem o regime da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). Embora existam diferenças conceituais entre as modalidades, isso não significa que o direito de superfície disposto no Código Civil tenha sido revogado. Ademais, o Enunciado nº 93, da Jornada de Direito Civil estabelece que “as normas previstas no Código Civil, regulando o direito de superfícies, não revogam as normas relativas a direito de superfície constantes no Estatuto da Cidade, por se instrumento de política de desenvolvimento urbano”. Atente-se que o direito de superfície disciplinado no Código Civil, a rigor, não permite execução de obra no subsolo do terreno. Todavia, o parágrafo único do art. 1.369, excepciona a regra, autorizando a obra se isso for inerente ao objeto da concessão. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, se a construção no subsolo for fundamental ao empreendimento, nada obsta que seja realizada a obra (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6ª ed. Salvador: Lumen Juris, 2010. p. 420)

terreno, mediante o pagamento (ou não) de uma determinada remuneração (art. 1.370, do Código Civil⁵⁵). Já no instrumento de *built to suit* (público ou particular) firmado entre o investidor-superficiário e o ocupante, as partes estabelecem as obrigações decorrentes da empreitada e da cessão do uso, mediante o pagamento de uma remuneração mensal. Dessa forma, as obrigações entabuladas no direito de superfície não atingem diretamente o futuro ocupante, que não participa daquele negócio. Diante disso, valendo-nos do exemplo trazido acima, por se tratar de negócios distintos, as obrigações entabuladas na concessão de direito de superfície não atingem diretamente o contrato *built to suit* (exceção seria caso o futuro ocupante fosse anuente do direito real de superfície e ali se obrigasse em determinadas avenças).

Além do direito de superfície e securitização dos créditos provenientes do contrato *built to suit*, outros negócios jurídicos firmados à margem do negócio principal também podem ser celebrados pelas partes, tais como seguro de obra ou mesmo prestação de serviço de manutenção da edificação.

De todo modo, tal como verificado, o contrato *built to suit* implica nas obrigações de empreitada e cessão do uso, podendo ou não conter a obrigação da compra e venda. A união de tantos tipos contratuais torna difícil a determinação da natureza jurídica do instituto. Estamos diante de contrato de locação pura e simplesmente? Ou contrato de locação com aspectos envolvendo prestações da empreitada?

A discussão da natureza jurídica, como se vê, caminha ao lado da análise da tipicidade ou atipicidade do contrato.

A considerar a combinação de todos esses elementos no negócio jurídico do contrato *built to suit* é possível asseverar a sua atipicidade? Em princípio, sim. Todavia, como se sabe, o contrato *built to suit* encontra-se disposto no art. 54-A da Lei do Inquilinato, o que, para alguns, como veremos, teria tornado o *built to suit* uma espécie de locação ou mesmo um contrato de locação comercial pura e simplesmente. São essas as questões a serem tratadas no próximo capítulo.

⁵⁵ “Art. 1.370. A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente.”

2) Classificação dos contratos *built to suit* pela sua atipicidade

2.1 Contratos atípicos e sua classificação

Contrariamente ao Direito Romano, que classificava os contratos em nominados e inominados⁵⁶, modernamente, a doutrina inclina-se pela classificação dos contratos não à circunstância do contrato ter uma designação própria, mas sua tipicidade legal, ou seja, um modelo regulativo típico.

Criticando a “tirania dos nomes”, Antônio Junqueira de Azevedo⁵⁷ sustenta que até mesmo os contratos inominados também têm um regime jurídico; ainda que se admita para eles uma maleabilidade maior, a verdade é que, no mínimo, eles estão submetidos às regras dos contratos em geral.

Os contratos atípicos são comumente classificados pela doutrina como atípicos *puros* e atípicos *mistos*. Segundo Pedro Pais de Vasconcelos⁵⁸, os contratos atípicos *puros* são aqueles cujo objeto é completamente diferente dos demais tipos contratuais legais. Por outro lado, os contratos atípicos são mais frequentes quando o objeto contratual possui elementos dos contratos típicos. São chamados de contratos atípicos *mistos*, porque construídos a partir de um ou mais tipos que são combinados ou modificados⁵⁹.

⁵⁶ Segundo Alvaro Villaça Azevedo, a distinção entre contratos nominados e inominados tinha em Roma importância capital, pois os contratos inominados, romanos, impediam a existência de qualquer outro pacto que não estivesse admitido pelo costume e consolidado segundo o Direito dos Quirites. Os contratos que não figurassem expressamente nesse rígido sistema ficavam à margem da proteção jurídica. Eram conhecidos como *pacta*. No entanto, a criação de novas figuras contratuais, nascidas das necessidades socioeconômicas, no passar dos tempos, desencadearia o processo de abrandamento do rigor do antigo quadro quiritário dos contratos. Plantava-se, assim, a semente da liberdade de contratar e contratual, que viria a revolucionar o mundo dos negócios. O primitivo formalismo exagerado dos romanos, que não admitia proteção jurídica aos contratos inominados, teve como limite final a época de Justiniano. É por isso que, numa fase posterior, os juristas viram a necessidade premente de aceitar como contratos todos os pactos sinalagmáticos, cumpridos por uma das partes. Isso ocorreu em princípios da era imperial, quando esses juristas, dentre eles Aristão, sob o Império de Trajano, assim agiram escudados no princípio da equidade. Ricardo Lorenzetti também assevera que “en el Derecho Romano se utilizó la categoría de los contratos nominados para fijar de un modo cerrado la posibilidad de crear obligaciones: sólo en los casos permitidos por la ley podían surgir obligaciones de fuente contratual. A fin de flexibilizar esta rigidez el Derecho Justiniano incorporó a los innominados”. (LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Tomo 1. 2ª ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, [s.d]. p. 14)

⁵⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 146.

⁵⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 216.

⁵⁹ Segundo Menezes Cordeiro, em sentido amplo, o contrato atípico é todo aquele que não se possa reduzir a um tipo legalmente fixado: abrange o contrato misto e o contrato atípico em sentido estrito. (MENEZES

Na realidade, como bem apontado por Menezes Cordeiro⁶⁰, devemos reconhecer que, desde o século II a.C., cinco contratos acabam por servir de matriz aos outros, quais sejam, compra e venda, doação, sociedade, mútuo e mandato.

O que dá uma fisionomia própria aos contratos atípicos mistos é o fato de não corresponderem a um único modelo típico, e só a esse modelo típico, que lhes dê um quadro regulativo que permita a contratação por referência e a integração de sua disciplina⁶¹.

Rodrigo Leonardo Xavier⁶², com fundamento na obra de Enneccerus e Lehman, assevera que são características dos contratos mistos (i) a coexistência de uma pluralidade de pressupostos ou elementos provenientes de diversos contratos típicos; (ii) surgimento de uma causa diversa daquela pertinente aos diversos contratos típicos mesclados; (iii) diferenciação estrutural e funcional entre os contratos mistos e os contratos típicos ou por eles mesclados; (iv) surgimento, com o contrato misto, de uma operação diversa daquela engendrada pelos contratos típicos que o formam.

A maior parte dos contratos típicos formou-se a partir de contratos mistos. Uma vez tipificados, esses contratos deixam de ser atípicos mistos para se tornarem típicos. É o caso dos contratos de distribuição, transporte e corretagem, tipificados pelo Código Civil de 2002.

No Código Civil brasileiro, no Título VI, do Livro do Direito das Obrigações, há disciplina de vinte e três contratos. Além disso, na legislação extravagante, encontramos outros modelos regulativos, tais como locação de imóvel urbano, arrendamento rural, dentre outros.

Os modelos contratuais, na realidade, não são criados pelo legislador. Nenhum contrato nasce típico⁶³. Em verdade, após tornar-se socialmente típico, o direito, por uma questão de segurança jurídica, de forma a disciplinar esses comportamentos e situações

CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. Direito das obrigações: contratos e negócios unilaterais. v. II. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010. p. 209).

⁶⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. Direito das obrigações: contratos e negócios unilaterais. v. II. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010. p. 209.

⁶¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 217.

⁶² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 101.

⁶³ A esse respeito, verificar: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, 1986.

humanas, ou até mesmo para possibilitar a incidência de impostos, pode ter interesse em regulamentá-los.

O contrato é socialmente típico, segundo Pedro Pais de Vasconcelos⁶⁴, quando possui, na prática ou nos usos, um modelo de disciplina que seja também pelo menos tendencialmente completo. Esse modelo regulativo, que é o tipo social propriamente dito, constitui a principal fonte e critério de integração da parte não estipulada dos contratos que lhe correspondam.

Mesmo que socialmente típico, enquanto não recepcionado pela lei, ainda estamos diante de um contrato atípico⁶⁵. Essa avaliação, ou seja, a necessidade (ou não) de tipificar determinada conduta social deve ser realizada pelo legislador.

E por que o legislador opta por tipificar condutas sociais? Segundo Pedro Pais de Vasconcelos⁶⁶, quando o legislador define os tipos, fechando-os, atua geralmente por preocupações de segurança e de rigor, com o intuito de proporcionar exatidão ao exercício jurídico, certeza à aplicação do Direito.

Segundo António Menezes Cordeiro⁶⁷, os tipos contratuais apresentam algumas vantagens: (i) fixam o regime mais habitual, a nível supletivo, poupando às partes a necessidade de desenvolver um articulado mais completo: sempre arriscado e mais oneroso; (ii) estabelecem o sistema de maior equilíbrio para regular os interesses em presença; em regra, os tipos legais exprimem soluções antigas, aperfeiçoadas ao longo dos séculos e, nessa medida, de maior justiça e harmonia e (iii) facilitam a intervenção do Estado, quando se trate de fixar regimes imperativos para vetores sensíveis (o arrendamento ou o trabalho, como

⁶⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 215

⁶⁵ É por isso que discordamos da posição de Maria Helena Brito, que entende que só se poderá falar de contratos atípicos em relação a contratos absolutamente novos, que não correspondam, nem aos tipos legais, nem a qualquer dos contratos sociais aceites em determinada ordem jurídica. Assim, segundo a autora, contratos atípicos são aqueles que, não sendo realizados de forma reiterada e não tendendo a ser novas figuras contratuais com carácter permanente e geral, se apresentam de forma isolada e esporádica, e em relação aos quais não existe uma disciplina legal e social concreta; são contratos que, pela sua estrutura nova e original, não podem ser reconduzidos nem aos tipos legais nem aos tipos sociais. (BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial: descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 169/170).

⁶⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 41.

⁶⁷ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. Direito das obrigações: contratos e negócios unilaterais. v. II. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010. p. 191.

exemplos) ou de proibir concretas soluções que, historicamente, tenham sido isoladas como nocivas (pactos comissórios, pactos leoninos, dentre outros).

Mas ainda que o contrato a ser firmado pelas partes não esteja regulamentado pela lei, seja socialmente típico ou não, com base no princípio da autonomia privada, isso não impede as partes de contratar. Como bem ressaltado por Pontes de Miranda⁶⁸, a vida é mais rica do que a tipificação jurídica.

Interessante, também, a advertência de Ricardo Lorenzetti⁶⁹, que afirmou estarmos vivendo a “crise da tipicidade”, fenômeno natural, segundo o autor, a considerar as mutações sociais em que vivemos.

Expressamente, o art. 425, do Código Civil⁷⁰ permite às partes estipular contratos atípicos, sejam esses contratos decorrentes de condutas sociais típicas, ou não.

A importância social dos contratos atípicos foi ressaltada por Maria Helena Brito⁷¹, quem afirmou que tais contratos constituem o instrumento idôneo para realizar certos fins e interesses da vida econômica e social que não seriam prosseguidos, como tal, por meio dos tipos legalmente admitidos e disciplinados⁷².

A considerar o atual cenário globalizado da economia brasileira, com bastante frequência vemos investimentos sendo realizados no Brasil, por empresas estrangeiras, que

⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral – Negócios jurídicos*. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. Tomo 3. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 175.

⁶⁹ LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Tomo 1. 2ª ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, [s.d]. p. 16.

⁷⁰ A possibilidade das partes firmarem contratos atípicos também é permitida no Direito Português. Todavia, não se utiliza a expressão “contrato atípico”. Na realidade, sob o título “liberdade contratual”, o art. 405, do Código Civil Português determina que: “Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprover.” “As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.” Da mesma forma, o Código Civil Italiano, sob o título “autonomia contrattuale” determina, no art. 1322: “Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.”

⁷¹ BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial: descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 156.

⁷² Francesco Messineo afirma que o contrato atípico é o indício mais seguro que a vida jurídica sempre se encontra em perene movimento. (MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. 2ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 1946. p. 179).

se valem de modelos tipificados de seus países de origem. É o caso, por exemplo, dos contratos de *time sharing*, comuns na Europa e nos Estados Unidos e que há alguns anos são firmados com maior frequência no Brasil⁷³, todavia sem que a Lei brasileira possua qualquer regramento específico⁷⁴. Assim, embora já seja um contrato socialmente típico, possivelmente porque ainda realizado sem grande expressividade, o legislador brasileiro não tipificou tal conduta. É possível, ainda, que mesmo sendo realizado com maior frequência, entenda o legislador que referido contrato não requer regulamentação específica.

Assim, um dos fatores que pode influenciar o legislador a não tipificar determinado contrato é verificar que a sua atipicidade não é fator determinante para a litigiosidade.

Veja-se, portanto, a importância dos contratos atípicos em uma economia livre. Não fosse assim, os investimentos a serem realizados no país dependeriam de condutas contratuais já preestabelecidas no texto legal. Os contratos atípicos facilitam que novos negócios sejam realizados, desde que não ultrapassem os limites impostos pelo Código Civil. Nesse sentido, veja-se que os contratos *built to suit* já eram firmados muito antes mesmo da edição da Lei 12.744/2012.

E a classificação dos contratos entre típicos e atípicos é muito relevante. Não é apenas uma importância acadêmica, mas, sobretudo uma importância de cunho prático. São duas as justificativas. A primeira diz respeito ao fato de que, dessa atividade, pode resultar a exigibilidade de pressupostos de validade especiais para o contrato em questão. A segunda refere-se ao fato de que, dessa classificação, depende a aplicabilidade de normas legais de natureza dispositiva que complementam a regulamentação elaborada pelas partes.

De fato, conforme será visto adiante, a aplicação e hierarquia das regras jurídicas nos contratos típicos e atípicos são absolutamente distintas, razão pela qual há necessidade de

⁷³ Os contratos de *time sharing*, segundo algumas reportagens, embora tímidos, vão se firmando no cenário nacional. <http://www.valor.com.br/financas/3419226/vai-viajar-sistema-de-time-share-exige-cuidados>. Acesso em 28 de dezembro de 2015. Recentemente, diga-se, o Superior Tribunal de Justiça conferiu o caráter real a esse contrato: “[...] A multipropriedade imobiliária, mesmo não efetivamente codificada, possui natureza jurídica de direito real, harmonizando-se, portanto, com os institutos constantes do rol previsto no art. 1.225 do Código Civil; e o multiproprietário, no caso de penhora do imóvel objeto de compartilhamento espaço-temporal (*time-sharing*), tem, nos embargos de terceiro, o instrumento judicial protetivo de sua fração ideal do bem objeto de construção”. (Superior Tribunal de Justiça de São Paulo, REsp 1.546.165-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 26 de abril de 2016).

⁷⁴ Em outros países, a exemplo de Portugal (Decreto-Lei nº 37/2011, de 10 de março de 2011), referido contrato possui regulamentação específica.

qualificar e classificar o *built to suit* nesse aspecto. Antes disso, contudo, necessário estudar a classificação dos contratos atípicos.

Segundo Álvaro Villaça de Azevedo⁷⁵, os contratos atípicos *mistos* subdividem-se numa tripla classificação (i) com contratos ou elementos somente típicos; (ii) com contratos ou elementos somente atípicos e (iii) com contratos ou elementos típicos e atípicos.

Essa classificação, contudo, é demasiadamente mais simples daquela utilizada por Menezes Cordeiro⁷⁶. O autor português elenca quatro grandes categorias de contratos atípicos mistos.

- a) Contratos complementados ou contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie:

Nesse tipo de contrato, temos uma composição que, no essencial, enquadra-se num tipo contratual, mas que, a acompanhar esse núcleo, apresenta prestações próprias de outras figuras. Como exemplo, cite-se os casos da locação do quarto mobiliado com serviços ou da compra de cereal em sacos que, passado algum tempo, devam ser restituídos⁷⁷. Nesses casos, impõe-se um juízo global sobre o contrato: uma cláusula de “somenos” será insuficiente para que um contrato típico passe a misto.

- b) Contratos combinados ou múltiplos:

Uma das partes está adstrita a uma prestação própria de certo tipo, enquanto a outra se vincula a diversas prestações redutíveis a distintos tipos contratuais. Os exemplos frequentes são o da habitação e serviços conexos contra uma única contraprestação ou o do transporte marítimo, que inclui, contra um preço, a empreitada, a locação de cabine e aquisição de alimentos.

⁷⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 144/145.

⁷⁶ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. Direito das obrigações: contratos e negócios unilaterais. v. II. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010. p. 212 e seguintes.

⁷⁷ Ainda como exemplos, o autor cita a compra de um fato, cabendo ao lojista fazer bainhas e dar outros retoques; apalavra-se um quadro antigo, devendo o antiquário proceder ao restauro; aluga-se um apartamento, cabendo ao locador fazer pintar as paredes ou mandar compor os canos. (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. Direito das obrigações: contratos e negócios unilaterais. v. II. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010. p. 213).

c) Contratos duplos ou híbridos:

Uma das partes está adstrita a uma prestação própria de um tipo contratual, enquanto a outra se enquadra na prestação típica de outro. O caso citado pelo autor português é o do porteiro: fica adstrito à prestação de trabalho, recebendo em troca o alojamento. Há um híbrido de trabalho/arrendamento.

d) Contratos indiretos

São os contratos em que as partes usam um determinado tipo contratual, mas fazem de tal modo que prosseguem, de fato, a composição de interesses próprios de um tipo diverso. Como exemplo, cite-se a compra e venda feita por um preço simbólico que, na realidade, traduz-se em doação.

O enquadramento de um contrato atípico na classificação acima não é tão simples. Da mesma forma, muitas vezes temos dificuldades em saber se determinado modelo jurídico é um contrato típico ou atípico. Analisemos alguns critérios, antes de classificarmos a tipicidade ou atipicidade do contrato *built to suit*.

2.2 Critérios de qualificação de tipicidade ou atipicidade contratual.

A classificação da tipicidade ou atipicidade dos contratos, em certos casos, não é matéria simples. Segundo Rui Pinto Duarte⁷⁸, a primeira e mais direta via para a submissão de um contrato ao regime traçado pela lei para um tipo contratual é da sua qualificação como pertencente a esse tipo.

Trata-se basicamente de um exercício de subsunção dos elementos essenciais do contrato ao elemento típico mais próximo. Se os elementos essenciais forem suficientemente enquadrados no tipo, temos um contrato típico. Em caso negativo, sendo insuficientes ou incongruentes as prestações daquele contrato ao tipo legal, estamos a tratar de um contrato atípico.

⁷⁸ PINTO DUARTE, Rui. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 61.

Essa condução dos elementos essenciais do contrato ao tipo legal, segundo Custódio da Piedade Ubaldino Miranda⁷⁹, se faz por um processo binário, de inclusão ou exclusão, do contrato concreto ou conceito de que se trata. Por exemplo, conclui-se que o contrato é de compra e venda se ele contém, no mínimo, os elementos essenciais correspondentes ao tipo legal. No processo tipológico, a operação a realizar é a qualificação, pela qual se procura achar, no contrato concreto, os índices do tipo legal de que se trata, isto é, os fatores, elementos, que, no conteúdo contratual, na estipulação das partes, sinalizam a identificação do contrato com o tipo.

Esse método, como bem ressalta Paula Miralles de Araujo⁸⁰, é o meio mais natural de condução do raciocínio de qualificação contratual.

Justamente por isso a lição de Antônio Junqueira de Azevedo a respeito dos elementos do negócio jurídico torna-se relevante ao estudo dos contratos atípicos.

Segundo Manuel Januário Gomes⁸¹, são os elementos essenciais que definem o contrato e que justificam a aplicação do respectivo regime.

Ocorre que o critério de qualificação da tipicidade do contrato pelos elementos essenciais, segundo Rui Pinto Duarte⁸², não se mostra suficiente. Segundo Pinto Duarte, a norma jurídica, porque é um juízo de valor, não é desagregável sem perda de sentido; a soma das partes em que a norma seja analisável nunca atinge o sentido desta; assim, o esforço da decomposição de uma norma jurídica em elementos, sendo obviamente útil para sua compreensão, mostra-se insuficiente para aplicação do Direito.

Da mesma forma, Hugo Duarte Fonseca⁸³ assevera que esse critério (intitulado por alguns como método da subsunção) é posto em crise pela infindável riqueza que resulta da

⁷⁹ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: Dos Contratos em Geral*. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 110.

⁸⁰ ARAUJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2014. p. 55.

⁸¹ JANUÁRIO GOMES, Manuel. *Constituição da relação de arrendamento urbano: sua projeção na pendência e extinção da relação contratual*. Coimbra: Almedina, 1980. p. 48 *Apud* Rui PINTO DUARTE, Rui. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 88.

⁸² PINTO DUARTE, Rui. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 89.

⁸³ FONSECA, Hugo Duarte. Sobre a tipicidade dos contratos de instalação de lojistas em centros comerciais: da tipicidade como pretexto à atipicidade enquanto contexto. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. v. LXXX. Coimbra: 2004. p. 709/710.

multifacetada complexidade do que é concreto. Assim, ainda segundo o autor, ao juízo de tipicidade importa não apenas uma semelhança de elementos isolados entre si, mas antes a interconexão com que justamente a prática se encarregar de oferecer.

Essa operação de subsunção dos elementos essenciais a certo tipo legal pode parecer matéria simples quando estamos a tratar dos contratos típicos. Os problemas aparecem quando estamos a tratar de contratos que possuem variantes em que esse referido juízo de subsunção se torna mais difícil. A variante de uma prestação poderia levar o intérprete, erroneamente, a imaginar estar diante de um tipo legal quando, na realidade, não está.

Justamente em razão dessa dificuldade é que a doutrina não entende o método de subsunção dos elementos essenciais como um critério universal e totalmente seguro para qualificar um contrato como típico ou atípico. Embora referido critério seja o mais comum, há outros métodos.

Um deles é o recurso à ideia de causa. A causa do contrato, segundo Torquato Castro⁸⁴, é o fim que se propõe o agente, o escopo em vista do qual o efeito é procurado. Ainda segundo o autor, causa é o fim que informa o ato, que lhe dá a sua individualidade; pois todo ato, considerado em sua existência externa, objetiva, existe em função de um fim certo. Assim, segundo Torquato Castro, não é qualquer propósito psicológico do agente, mas aquele propósito ou escopo-imediato que tem a virtude de informar o ato, garantindo-lhe a individualidade conceitual.

Segundo Pedro Paes de Vasconcelos⁸⁵, a causa do contrato, como função econômica, pode ser útil para a qualificação do contrato. Contudo, como “índice do tipo”, ou seja, como forma de classificação pela tipicidade ou atipicidade, não possui utilidade. Isso porque, na realidade, segundo o autor, a causa do contrato relaciona-se com a função do contrato. Essa função costuma ser referida como função econômica ou, ainda, função econômico-social. Ocorre que tais funções não esgotam as virtualidades da função como índice de tipo, porque os contratos não têm necessariamente de ter um conteúdo econômico ou relevância social e mesmo aqueles que os têm não esgotam necessariamente nos domínios econômicos e social a sua função.

⁸⁴ CASTRO, Torquato. *Da causa do contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966. p. 9.

⁸⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 128.

Assim, conclui Pedro Paes de Vasconcelos⁸⁶ que a causa do contrato, como índice do tipo, acaba por se confundir com a função e parece então mais adequado referir a função e não a causa como índice do tipo de modo a prevenir e evitar equívocos.

Outro critério utilizado pela doutrina é qualificar a tipicidade ou atipicidade localizando o “fim” do contrato. Segundo Paes de Vasconcelos, os fins que determinam às partes a tomarem a decisão de se vincularem, com tudo o que isso representa de comprometimento pessoal, de perda de liberdade e de assunção de risco, as utilidades que pretendem alcançar, as finalidades com que prometem e se comprometem, são realidades que não podem ser prescindidas para o entendimento correto e completo do que são os contratos que celebram⁸⁷.

O fim, segundo referido autor⁸⁸ é relevante para classificação da tipicidade ou atipicidade nos casos em que, como característica, faça parte do tipo contratual. Assim, a comparação do fim do contrato concreto com a função do contrato típico, quer dizer, com a função do tipo, sob o critério da utilidade visada pelo contrato e potenciada pelo tipo, é muito importante para a qualificação.

Ocorre que o fim do contrato é confundido, muitas vezes, com a própria causa do contrato. Torquato Casto⁸⁹, como verificado anteriormente, entende que o fim é causa porque atrai o agente; é o estímulo da sua vontade, a ideia que conduz e subordina a sua vontade, no sentido de sua própria realização. Daí a dificuldade de se utilizar o fim do contrato como índice do tipo de forma totalmente dissociada da causa do contrato.

O objeto do contrato também pode ter utilidade na classificação da tipicidade contratual. Segundo Pedro Pais de Vasconcelos⁹⁰, o objeto do contrato pode ter utilização porque é fácil normalmente distinguir um navio de uma casa de habitação ou uma máquina de remoção de terras, para distinguir um arrendamento para habitação de um fretamento ou de um aluguel.

⁸⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 128.

⁸⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 131.

⁸⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 133.

⁸⁹ CASTRO, Torquato. *Da causa do contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966. p. 36.

⁹⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 143.

Maria Helena Brito⁹¹, de forma bastante didática, reportando-se aos diversos critérios da doutrina e em busca da caracterização da tipicidade ou atipicidade de um contrato, destaca:

- a) A natureza da prestação (por exemplo, a natureza de *facere* da prestação distingue a empreitada da compra e venda)
- b) O valor da prestação (por exemplo, a obrigação de guardar a coisa representa, em relação ao depósito, a finalidade do contrato e, em relação ao comodato, mera obrigação instrumental)
- c) A existência de contraprestação (que distingue os contratos unilaterais e bilaterais)
- d) A natureza da contraprestação (que distingue a compra e venda e a troca).
- e) A qualidade de um dos contraentes (o contrato de transporte é mercantil quando o transportador for uma empresa)

Enfim. Fato é que a lei não estabelece qualquer critério científico para a classificação da tipicidade ou atipicidade do contrato. Da mesma forma, a doutrina também não aponta, de forma unânime, um critério absolutamente seguro. Assim, embora o critério dos elementos essenciais seja o mais comum (e, possivelmente, o mais eficiente) não se pode dizer a prevalência dessa técnica. É por isso que Paula Miralles de Araujo⁹² afirma que nenhum desses critérios se mostra mais ou menos legítimo e é possível imaginar que o resultado da aplicação de cada uma dessas teorias ou dos diferentes critérios poderá resultar em uma mesma conclusão, diferindo apenas quanto às premissas teóricas adotadas.

O que é unânime na doutrina é que a classificação de determinado contrato pela sua tipicidade ou atipicidade deve ser tomada com extrema cautela na medida em que o esforço do intérprete de acomodação de um contrato atípico no tipo legal incorreto pode criar o risco de se renegar a vontade dos contratantes que pode ser, justamente, afastar o regramento legal típico⁹³.

⁹¹ BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial: descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 164/165.

⁹² ARAUJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2014. p. 58.

⁹³ ARAUJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2014. p. 59.

Até porque, como bem lembrado por Maria Helena Brito⁹⁴, é inegável a tendência, por parte dos intérpretes e, sobretudo da jurisprudência, de reconduzir qualquer contrato que perante eles se apresente aos esquemas de um tipo legal. Esse processo de tipificação traduz uma tendência do operador de não afastar, na apreciação dos novos problemas, soluções já conhecidas e familiares⁹⁵.

A tentativa de tipificar um contrato atípico pode trazer consequências jurídicas perigosas. Ao aplicar normas de um negócio jurídico típico a um contrato inegavelmente atípico, as partes podem ter a interferência de disposições legais que contrariam as cláusulas contratuais as quais deveriam prevalecer no modelo de atipicidade contratual.

Diante de tais dificuldades, resta, agora, classificar o contrato *built to suit*, justificando a sua atipicidade.

2.3 Da atipicidade do contrato *built to suit*

Como visto anteriormente, o contrato *built to suit* possui prestações dos contratos de locação, empreitada e, possivelmente, da compra e venda. Nesses termos, qual seria a classificação do contrato *built to suit*, com relação à sua tipicidade?

Para classificarmos os contratos *built to suit* como contratos típicos e atípicos, necessário pensarmos em dois momentos distintos: antes e após a promulgação da Lei 12.744/2012.

Antes da promulgação da Lei 12.744/2012, o contrato *built to suit* poderia ser entendido, com maior facilidade, como um contrato atípico. Principalmente pelo fato de que não havia no texto legal nenhuma menção a esse tipo de contrato. Assim, embora fosse um contrato socialmente típico desde a década de 90, porque não regrado pela lei, era considerado atípico.

⁹⁴ BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial: descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 156.

⁹⁵ É o que acontece, como se verá em seguida, com a aplicação da Lei do Inquilinato aos contratos de shopping center.

É bem verdade que uma possível tese poderia entender que, embora sem qualquer menção ao contrato no texto legal e mesmo diante da prestação da compra e venda ou da empreitada, ainda assim o contrato seria entendido como um contrato de locação pura e simplesmente. Isso porque a prestação da locação poderia ser entendida como tipo de referência. Seria a hipótese, por exemplo, dos contratantes do *built to suit* escolherem o tipo contratual locação como tipo de referência, determinando, como pacto de adaptação, a reforma ou construção do bem imóvel (prestações da empreitada).

Para essa tese, segundo a classificação de Menezes Cordeiro, os contratos *built to suit* poderiam ser tidos como contratos complementados ou contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie, uma vez que as prestações da empreitada ou da compra e venda seriam prestações de menor importância. Assim, a prestação da locação seria preponderante ao tipo contratual do *built to suit*.

Por outro lado, outra tese poderia entender não existir qualquer tipo referência, o que tornaria um contrato atípico misto, porque construído da conjunção de mais de um tipo.

Nesse caso, segundo a classificação dos contratos atípicos acima apontada e referida por Menezes Cordeiro, possivelmente os contratos *built to suit* poderiam ser classificados como contratos atípicos mistos combinados.

Essa última hipótese parece a mais acertada. No contrato *built to suit*, em nossa opinião, a prestação da locação não é referencial. As prestações da empreitada e, eventualmente, da compra e venda, também possuem extrema relevância. É justamente a somatória das prestações que faz surgir o *built to suit*.

Não nos parece existir um tipo de referência dominante. O contrato *built to suit* não é um contrato de locação atípico, muito menos um contrato de “locação empresarial”⁹⁶. A esse respeito, correta é a interpretação de Cristiano de Souza Zanetti⁹⁷ ao afirmar que não há

⁹⁶ Expressão utilizada por Marcelo José Lomba Valença (VALENÇA, Marcelo José Lomba. Built-to-suit – operação de crédito imobiliário estruturada. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 8 n. 27, janeiro – março 2005. p. 330).

⁹⁷ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Build to Suit – Qualificação e Consequências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; e ALMEIDA PRADO, Maurício (org.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 108.

sentido qualificar o contrato *built to suit* como locação atípica, dado que a locação é justamente um tipo contratual. Haveria, portanto, uma *contraditio in terminis*.

O contrato *built to suit* não é, assim, um contrato de locação, com algumas prestações do contrato de empreitada. Trata-se de contrato envolvendo prestações decorrentes de contratos de locação, empreitada e compra e venda (se o caso). Não há, todavia, nenhum tipo dominante, a nosso ver. Não é, portanto, *mais* locação e *menos* empreitada, mas, sim, locação e empreitada.

Segundo Álvaro Villaça de Azevedo⁹⁸, o elemento típico, quando somado com outro elemento típico ou, mesmo atípico, desnatura-se, compondo-se esse conjunto de elementos um novo contrato, uno e complexo, com todas as suas obrigações, formando algo individual e indivisível.

Tratando a respeito das obrigações do contrato *built to suit* e ressaltando a dificuldade de sua qualificação jurídica, Cristiano de Souza Zanetti⁹⁹ afirma que as prestações que qualificam a figura são, de um lado, a construção somada à cessão do uso e fruição e, de outro, o pagamento das prestações periódicas. Troca-se, essencialmente, certo valor pela construção e posterior locação. Constrói-se para alugar e se aluga porque foi construído.

Para reforçarmos a importância da prestação da empreitada no *built to suit*, reportamo-nos mais uma vez, às lições de Menezes Cordeiro¹⁰⁰. Segundo o autor, para avaliarmos se determinada prestação é relevante o suficiente para tornar determinado contrato atípico misto, exige-se um juízo valorativo:

- a) o valor econômico relativo da prestação (no caso do *built to suit*, verificar se empreitada representa uma parcela pequena da remuneração mensal);
- b) a viabilidade do contrato sem a prestação tida como menos importante; (no caso do *built to suit*, verificar se, caso inexistisse a prestação da empreitada, o contrato, ainda assim, subsistiria);

⁹⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contrato atípico misto e indivisibilidade de suas prestações. *Revista dos Tribunais*. Ano 89. Vol. 773, p. 124.

⁹⁹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Build to Suit – Qualificação e Consequências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; e ALMEIDA PRADO, Maurício (org.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 113.

¹⁰⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. Direito das obrigações: contratos e negócios unilaterais. v. II. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010. p. 214.

Realizando tal exercício, verificamos que além da prestação da empreitada possuir valor econômico relevante (talvez até superior do que a cessão do uso), não há qualquer possibilidade de se falar na viabilidade do contrato *built to suit* sem a execução da obra.

Como bem destacou Cristiano de Souza Zanetti¹⁰¹, no *built to suit* a construção não é uma prestação de segunda importância. Muito ao contrário, sua devida execução é imprescindível para que seja atingido o objetivo perseguido pelas partes. Nesses termos, o autor conclui que *built to suit* e locação respondem a exigências diversas, embora semelhantes e, portanto, são contratos distintos.

Da mesma forma, em julgado proferido também antes do advento da Lei 12.744/2012, o Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁰² já manifestava que a natureza do contrato *built to suit* diferia daquela do contrato de locação. Segundo o julgado, o *built to suit* não é um contrato “puramente de locação de imóvel, visto que esta é apenas uma de suas facetas, na medida em que apresenta elementos dos contratos de construção, empreitada, financiamento e incorporação, além de outras características próprias”.

Em artigo publicado no ano de 2007, ou seja, antes da promulgação da Lei 12.744/2012, André de Vivo e Gustavo de Castro¹⁰³ afirmaram que a estrutura comercial, imobiliária e financeira que cerca a elaboração e celebração do contrato *built to suit* revela que ele é um contrato atípico, uma vez que não havia legislação específica que o regulasse, estando sujeito às normas e princípio gerais dos contratos.

Diante disso, antes da promulgação da Lei 12.744/2012, poderíamos defender que o contrato *built to suit* se tratava de modalidade contratual atípica mista, sem que existisse qualquer tipo dominante. Não havia uma regulamentação legal. A liberdade contratual e a autonomia privada é que ditavam as regras contratuais.

¹⁰¹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Build to Suit – Qualificação e Consequências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; e ALMEIDA PRADO, Maurício (org.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 114.

¹⁰² Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação com Revisão nº 992.08.037348-7, Rel. Antônio Benedito Ribeiro Pinto, j. 4 de maio de 2011.

¹⁰³ DE VIVO, André Aliche; CASTRO, Gustavo Lorenzi. Não aplicação isolada da lei de locação aos contratos atípicos de *built to suit*. In: PORTO NETO, Benedicto (coord.). *Manual jurídico para construção civil*. São Paulo: PINI, 2007. p. 184.

Ocorre que a Lei 12.744/2012 modificou o conteúdo da Lei do Inquilinato para alterar o art. 4º e acrescentar o art. 54-A, referindo-se ao contrato *built to suit* como “locação não residencial na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma”. Além disso, o dispositivo também qualifica os contratantes como “locatário” e “locador”.

Nesses termos, a partir da promulgação da Lei 12.744/2012, a afirmação de que o contrato *built to suit* seria atípico misto sem qualquer tipo dominante foi colocada em xeque.

Ao regulamentar o *built to suit* no art. 54-A da Lei do Inquilinato, poderíamos afirmar que o contrato passou a ser entendido como um contrato típico de locação? O fato de estar inserido na Lei do Inquilinato obrigaria as partes às demais determinações da Lei 8.245/91? E mais: a Lei do Inquilinato seria suficiente para regular esse contrato?

Paula Miralles de Araujo¹⁰⁴, em posição com a qual não concordamos, afirma que à luz da análise tipológica, a solução legislativa vai no sentido de recondução do contrato *built to suit* à tipicidade do contrato de locação, sem negar, todavia, a necessidade de afastamento de algumas das regras próprias a esse tipo contratual. Ainda segundo a autora, as prestações de construir, adquirir ou reformar o imóvel não são suficientes para extrapolar a elasticidade do tipo legislativo da locação.

No mesmo sentido, Luiz Antonio Scavone Junior¹⁰⁵ sustenta que o simples fato de se alterar o nome de um contrato ou de sua contraprestação não altera a sua natureza jurídica. Ainda segundo Scavone, a natureza jurídica do contrato *built to suit* é pura e simplesmente de locação de imóvel.

Também defendendo a tipicidade do contrato de locação, Daniel Cardoso Gomes¹⁰⁶ assevera que a questão da atipicidade dos contratos *built to suit* e os problemas decorrentes da possível interpretação literal sob égide da Lei nº 8.245/91 foram “resolvidos” com a

¹⁰⁴ ARAUJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2014. p. 108/109.

¹⁰⁵ SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. *Contrato “built to suit” e a Lei do Inquilinato*. Disponível em: <http://www.scavone.adv.br/index.php?contrato-built-to-suit-e-a-lei-do-inquilinato>. Acesso em 7 de julho de 2015.

¹⁰⁶ Daniel Cardoso. *Contratos Built to suit: Novas Perspectivas em face da Lei 12.744/2012*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016. p. 50-52

promulgação da Lei 12.744/2012 que, segundo o autor, “normatizou” o contrato *built to suit*. Daniel Gomes afirma que o contrato *built to suit* possui elementos próprios, específicos, que o diferencia de contrato ordinário de locação, razão pela qual seria correto afirmar que o contrato *built to suit* é uma espécie da qual o contrato de locação é gênero¹⁰⁷.

Nossa opinião é divergente. Para nós, ainda que o legislador tenha, indevidamente, procurado regulamentar os contratos *built to suit* na Lei do Inquilinato, traçando, até certo ponto, alguns limites contratuais, bem como nomeando essa modalidade contratual de “locação”, tais fatores não tornam o *built to suit* um contrato típico de locação. O nome conferido pelo legislador ao contrato é fator preponderante para a sua natureza jurídica.

E, comparando-se o *built to suit* à locação, verificamos diferenças evidentes. A considerar a conjunção de mais de uma modalidade contratual, sobretudo a empreitada que, ao lado da locação, mostra-se como prestação obrigatória nessa avença, não há como negar a sua característica de contrato atípico¹⁰⁸, mesmo agora, previsto na Lei do Inquilinato. Quando se retira a prestação da empreitada ou compra e venda, o contrato é de locação comercial pura e simples. Quando tais prestações são incluídas no contrato, estamos diante do *built to suit*. A atipicidade, para nós, é evidente. Isso porque o contrato deixa de se enquadrar na roupagem da lei do inquilinato.

Como bem adverte Rodrigo Leonardo Xavier¹⁰⁹, na locação imobiliária ordinária existe uma grande assimetria que desprivilegia o locatário em relação ao locador. O dirigismo contratual da Lei do Inquilinato, segundo o autor, é o resultado de uma política legislativa para diminuir a assimetria nesses contratos. No *built to suit*, contudo, como bem

¹⁰⁷ Daniel Cardoso. *Contratos Built to suit: Novas Perspectivas em face da Lei 12.744/2012*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016. p. 53. Pela tipificação do contrato *built to suit*, cite-se também FAVACHO, Frederico [et. al.] *Lei do Inquilinato: comentada artigo por artigo*. Organizadores: Luiz Antonio Scavone Junior e Tatiana Bonatti Peres. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 357.

¹⁰⁸ Outro não é o entendimento do Des. Marcondes D’Angelo que, mesmo antes do advento da Lei 12.744/2012 ressaltou que o contrato *built to suit* é “um contrato atípico com normas próprias que, se ignoradas, o desnaturam”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação 9156991-70.2008.8.26.0000, Rel. Antônio Benedito Ribeiro Pinto. j. 04 de maio de 2011). No mesmo sentido, também em julgado proferido antes da Lei 12.744/2012, asseverou o Des. Amorim Cantuária, que “Built to suit (em português: “construído para servir”) é uma expressão conhecida no mercado imobiliário usado para identificar contratos de locação a longo prazo no qual o imóvel é construído para atender os interesses do locatário, já predeterminado. Trata-se, portanto, um contrato atípico (CC art. 425). [...] Não é, portanto, uma singela locação de imóveis”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação 0036632-84.2007.8.26.0000, Rel. Amorim Cantuária, j. 11 de maio de 2011).

¹⁰⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato built to suit. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016, p. 429.

pontuado pelo autor, as contingências negociais e a posição jurídica e econômica de cada um dos contratantes é substancialmente diferente.

Nesses termos, Rodrigo Xavier Leonardo¹¹⁰ defende a “evidente inadequação” na adoção de uma legislação protecionista ao usuário para reger as relações contratuais *built to suit*¹¹¹. Para o autor, as circunstâncias pré-contratuais, as particularidades do contrato e da operação econômica do *built to suit* são sensivelmente diversas daquelas verificadas na locação imobiliária, ou seja, a causa do contrato *built to suit* é diversa da causa do contrato de locação¹¹². Nesses termos, entende Rodrigo Xavier Leonardo que o contrato *built to suit* deve ser qualificado como um contrato atípico e misto¹¹³.

A respeito da causa do contrato *built to suit*, reportamo-nos mais uma vez às lições de Torquato Castro. Segundo o autor¹¹⁴, todos os atos pertencentes ao mesmo tipo tem causa única, constante, uniforme. A lei, ainda consoante a lição de Torquato Castro, ao distinguir os contratos entre si, tem em consideração a função útil, específica, de cada um. O contrato de compra e venda tem a sua causa, a doação, outra, e assim por diante, com relação a todos os contratos nominados.

Nessa senda, diante das circunstâncias envolvidas do contrato *built to suit*, naturalmente a causa desse contrato é diversa da causa do contrato da compra e venda e da locação. Assim, embora Paes de Vasconcelos tenha criticado a causa do contrato como índice do tipo, no caso do contrato *built to suit*, a teoria da causa do contrato pode auxiliar no fundamento da atipicidade contratual desse modelo contratual.

¹¹⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato *built to suit*. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016, p. 429.

¹¹¹ Sabrina Berardocco Carbone entende que o legislador teria agido com mais acerto se tivesse incorporado esse contrato no contexto do Código Civil, diploma que contém um espectro bem mais amplo na questão da inexecução das obrigações e princípios, relegando ao Código de Processo Civil os procedimentos destinados à tutela jurisdicional invocada pelas partes. (CARBONE, Sabrina Berardocco. *Built to suit: uma visão crítica de sua introdução na lei de locações*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184368,51045-Built+to+suit+Uma+visao+critica+de+sua+introducao+na+lei+de+locacoes>. Acesso em 13 de outubro de 2015.

¹¹² LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato *built to suit*. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016, p. 430.

¹¹³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato *built to suit*. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016, p. 431.

¹¹⁴ CASTRO, Torquato. *Da causa do contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966. p. 41.

Luiz Augusto Haddad Figueiredo¹¹⁵ também defende a atipicidade do contrato *built to suit*. Segundo o autor, o contrato *built to suit* enquadra-se como contrato atípico, pois, a uma só vez, encampa e modifica características de contratos típicos, mas a eles não se amolda, e avança sobre aspectos não regulados pela lei. Assim, conclui Figueiredo que o contrato *built to suit* conforma nova e atípica espécie de contrato, reclamando tratamento próprio, coerente com as bases sobre as quais se erige.

Da mesma forma, Fernanda Henneberg Benemond¹¹⁶ defende a atipicidade dos contratos *built to suit* pois, segundo a autora, mesmo após a entrada em vigor da Lei 12.744/2012, não existe regulamentação específica razoavelmente completa para o tipo contratual, de tal modo que seja possível contratar por referência, sem que as partes tenham de clausular o fundamental do contrato.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹¹⁷, também defensores da atipicidade do contrato, afirmam que embora a matéria seja “timidamente” regulada pela Lei do Inquilinato e ainda que a prestação da locação seja a propulsão necessária para a celebração desse tipo contratual, o *built to suit* por si só é diferenciado, peculiar, porque várias normas tidas cogentes na locação não são admitidas em tal modalidade. Além disso, ainda segundo os autores, o *built to suit* engloba a reunião de outras bases contratuais, como a empreitada e a compra e venda, que, por não subsistirem separadamente sem descaracterizar a operação, dão ensejo à criação de um novo instrumento, patentemente atípico.

Alexandre Navarro¹¹⁸ afirma que a sanção da Lei 12.744/2012 foi um desserviço e compara a inadequação da lei à exigência de ir de terno para quem vai à praia. Segundo Navarro, é exatamente na atipicidade, na necessidade de ser moldado caso a caso, que reside a grande virtude do contrato *built to suit*. Assim, finaliza o autor, a tentativa de criar uma

¹¹⁵ FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Built to suit. *Revista de Direito Imobiliário*. Ano 35, nº 72, Janeiro – Junho 2012, p. 173.

¹¹⁶ BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos Built to Suit*. São Paulo: Almedina, 2013. p. 94. Ainda segundo a autora, além de atípicos, os contratos *built to suit* são mistos, por apresentarem elementos típicos de empreitada e locação, porém sem que haja a combinação completa desses tipos contratuais.

¹¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: *Contratos*. 4ª ed. Salvador: Jus Podium, 2014. p. 378. Também é defensor da atipicidade Rodrigo Ruete Gasparetto (GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos Built to Suit – Um Estudo da Natureza, Conceito e Aplicabilidade dos Contratos de Locação Atípicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Scortecci, 2009. p. 59),

¹¹⁸ NAVARRO, Alexandre Tadeu. Liberdade engessada. *Revista Capital Aberto*. Fevereiro de 2013. p. 27.

tipicidade não contribui com a segurança jurídica que se espera e poderá gerar uma onda infeliz e desnecessária de questionamentos.

José Paulo Marzagão¹¹⁹ afirma que na operação *built to suit* há uma rede complexa de relações jurídicas econômicas e, portanto, o contrato não deve ser tipificado como uma mera locação ordinária, enquadrando-se de maneira mais adequada como um contrato atípico, complexo e misto, em que diversas relações jurídicas coexistem e complementam-se de maneira indissociável.

Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe¹²⁰ também afirmam que o contrato *built to suit* é negócio jurídico completo e o “arrendamento empresarial” escapa à regência especial da Lei do Inquilinato.

Como forma de melhor fundamentar a atipicidade do contrato *built to suit*, reportamo-nos às lições de José Fernando Simão¹²¹, que faz um alerta interessante. Segundo o autor, a Lei 6.099/74 (com a alteração da Lei 7.132/83), que dispõe sobre o *tratamento tributário* das operações de arrendamento mercantil (*leasing*) não tornou referido contrato típico. O *leasing*, segundo o autor, é contrato atípico misto, pois sobre a base do contrato de locação acoplam-se cláusula de compra e venda futura e eventual aporte financeiro¹²².

Embora a Lei disponha sobre o *tratamento tributário* das operações de *leasing*, referida legislação não se mostra suficiente para regulamentar esse tipo de contrato. Ainda segundo Simão¹²³, para que a lei garanta a tipicidade, deverá, no mínimo, prever os direitos e deveres dos contratantes, de forma a indicar os elementos que dão suporte ao tipo criado

¹¹⁹ MARZAGÃO, José Paulo. *Regime jurídico do built-to-suit*. In: Operações Imobiliárias: Estruturação e tributação. Coord: Renato Vilela Faria e Leonardo Freitas de Moraes e Castro. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 124.

¹²⁰ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Locação: questões processuais e substanciais*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 306.

¹²¹ SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Contratos*. (Série leituras jurídica: provas e concursos, v. 5). São Paulo: Atlas, 2010. p. 58.

¹²² Da mesma forma, tratando a respeito da Lei 6.099/74, Francisco Marino asseverou que a maioria dos dispositivos da aludida lei refere-se exclusivamente aos efeitos tributários do *leasing* e as regras contábeis. Assim, segundo o autor, o contrato de *leasing* é atípico. (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Classificação dos Contratos. Direito dos Contratos*. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; e JABUR, Gilberto Haddad (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 25).

¹²³ SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Contratos*. (série leituras jurídica: provas e concursos, v. 5). São Paulo: Atlas, 2010. p. 59.

ou regulamentado. Assim, disposições legais acerca do regime tributário ou aduaneiro, por exemplo, não contemplam nem concedem tipicidade ao contrato.

Na lição de Pedro Pais de Vasconcelos¹²⁴, para que um contrato seja tido por legalmente típico é necessário que se encontre na lei o modelo completo da disciplina típica do contrato¹²⁵. Esse modelo regulativo pode ser mais ou menos amplo e até mais ou menos completo, mas, para que se possa dizer que o contrato é legalmente típico, é necessário que a regulação legal corresponda pelo menos aproximadamente ao tipo social e seja suficientemente completa para dar às partes disciplina básica do contrato¹²⁶.

A considerar a prestação da empreitada, não nos parece suficiente a classificação do contrato *built to suit* como um contrato típico de locação. A prestação da empreitada extrapola completamente a tentativa de tentar qualificar os elementos essenciais do contrato *built to suit* como tão somente um contrato locativo. Além disso, as determinações da Lei 12.744/2012 não são suficientemente completas para regular esse tipo de contrato¹²⁷.

Concluindo, a considerar a união de diversas prestações contratuais, o contrato *built to suit*, embora referido na Lei do Inquilinato, não pode ser qualificado como hipótese de contrato locativo, mas um contrato atípico misto. Uma vez que que o *built to suit* é um contrato firmado já com alguma frequência no Brasil, também podemos classifica-lo como contrato socialmente típico (o que não retira o seu caráter de atipicidade).

¹²⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 214.

¹²⁵ Menezes Cordeiro, por sua vez, sustenta que o contrato típico é aquele cujas cláusulas nucleares constem da lei. (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. Direito das obrigações: contratos e negócios unilaterais. v. II. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010. p. 191.

¹²⁶ A respeito da atipicidade do contrato de arrendamento mercantil, a jurisprudência demonstra que embora haja previsão tributária na Lei 6.099/74, a avença continua sendo considerada atípica. Segundo julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, o leasing é considerado “modalidade negocial atípica (negócio mais assemelhado à locação, com opção de venda e compra, apenas no final do contrato.” (Apelação c/ revisão nº 754878-0/4, Rel. Carlos Russo, j. 10 de agosto de 2005).

¹²⁷ Nesse sentido, Camila Ramos Moreira assevera que interpretar um contrato *built to suit* como contrato de locação comum ou como um mero contrato de empreitada pode desnaturar a própria contratação, impondo-se sempre a análise aprofundada do conteúdo contratual em cotejo com a sua estrutura, especialmente tendo em vista que costumeiramente muitos dos contratos *built to suit* são nominados simplesmente “contratos de locação”. (MOREIRA, Camila Ramos. *Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012*. *Revista de Direito Imobiliário*. Ano 38. v. 78. Janeiro-junho 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 133).

2.4 Em defesa da atipicidade do contrato *built to suit*: contratos de utilização de espaço em *shopping center*.

Discussão muito próxima à atipicidade do contrato *built to suit* foi travada quando editada a Lei do Inquilinato, que passou a dispor a respeito dos contratos de utilização de unidade em centros comerciais (art. 54).

Nesses contratos não há apenas uma simples cessão do uso. O lojista é obrigado a cumprir diversas obrigações¹²⁸, recebendo em troca, benefícios de obrigações a serem cumpridas pelo gestor¹²⁹.

A considerar tais particularidades, que poderiam descaracterizar um contrato de locação típico, a doutrina nacional passou a discutir a tipicidade ou atipicidade desse tipo de avença.

Na realidade, a discussão teve início em Portugal. Embora não exista, no ordenamento jurídico português, uma regulamentação sistematizada e pormenorizada dos centros comerciais, alguns diplomas lhe fazem referência.

É o exemplo do Decreto-Lei 48/96, de 15 de maio, que trata a respeito do horário de funcionamento de tais estabelecimentos; do Decreto-Lei nº 21/2009, de 19 de janeiro, que estabelece o regime jurídico da instalação e da modificação dos estabelecimentos de comércio e, por fim, da Portaria nº 424/85, de 5 de julho, que esclarece que um centro comercial deve atingir uma dimensão mínima de 500m² e 12 lojas.

¹²⁸ A exemplo disso cite-se (i) submissão à fiscalização para fins de apuração do percentual (aluguel variável); (ii) impossibilidade de mudar o ramo de negócio, sem prévia autorização; (iii) impossibilidade de cessão, transferência ou sublocação do espaço sem prévio consentimento; (iv) submissão do projeto da loja imposto pelo empreendedor; (v) pagamento 13^a aluguel, em alguns casos.

¹²⁹ Tais como (i) fornecer segurança e limpeza ao empreendimento, (ii) realizar reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel – pintura (fachada, esquadrias, etc.); (iv) realizar obras de paisagismo nas partes de uso comum; (v) realizar promoção e divulgação do shopping center. Como bem apontado por Maria Helena Diniz¹²⁹, o contrato de *shopping* difere do contrato de locação, porque (i) a forma de remuneração do uso das lojas é diversa, uma vez que há pagamento de um aluguel mínimo e um aluguel percentual; (ii) o reajustamento do aluguel ocorre trimestralmente; (iii) há uma fiscalização da contabilidade do empreendedor, perante os lojistas; (iv) o empreendedor pode limitar, em determinados casos, o uso da loja; (v) o lojista pode ser obrigado a ser submetido à promoções impostas pelo gestor, dentre outras particularidades. (DINIZ, Maria Helena. *Lei de locações de imóveis urbanos comentada*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 230).

De todo modo, não há regulamento completo e suficiente para tipificar tal contrato. A partir disso, a doutrina portuguesa passou a discutir possibilidade de qualificá-lo como um contrato de locação. Seria um contrato de locação (ou, melhor, arrendamento para fins não habitacionais, nos termos dos artigos 1108º e seguintes do Código Civil português¹³⁰) ou um contrato atípico, por envolver, por um lado, locação e, de outro lado, prestação de serviços?

Esse tema foi debatido amplamente pelos juristas portugueses porque, sendo entendido como um contrato típico de arrendamento, em primeiro lugar, as partes seriam submetidas ao regime do Código Civil. Sendo um contrato atípico, as disposições contratuais estabelecidas entre as partes teriam papel relevante e as disposições do Código Civil teriam um papel apenas secundário, com eventual aplicação por analogia, caso necessário.

E tal hierarquia de normas possui diversas consequências práticas relevantes. Exemplificamos. Em Portugal, segundo relata a doutrina, era comum em contratos de cessão do uso de unidade em centros comerciais, cláusula determinando a necessidade de autorização do gestor para a transmissão da posição contratual entre os lojistas¹³¹. Ocorre que, em homenagem à tutela da negociação e circulação do estabelecimento comercial, esta regra, no Direito Português, é afastada no domínio do arrendamento para o comércio, nos termos do art. 1112, nº 1, do Código Civil¹³².

Assim, embora no regime geral dos contratos seja necessária a autorização de uma das partes para que a outra possa transmitir a terceiro a sua posição contratual (art. 424), no regime legal do arrendamento para comércio, o Código Civil português dispensa a autorização do senhorio.

Nesses termos, caso o contrato de *shopping center* fosse entendido como um arrendamento puro e simplesmente, a cláusula contratual do consentimento da gestora para a transmissão da posição contratual seria considerada nula. Sendo um contrato atípico, a cláusula seria válida e, logo, deveria ser respeitada. A posição majoritária na doutrina e

¹³⁰ O Código Civil português, no tocante aos artigos 1.023 e seguintes, que cuidam do arrendamento e aluguel, foi profundamente alterado pela Lei 6/2006, de 27 de fevereiro, bem como pela Lei nº 31/2012, de 14 de agosto.

¹³¹ Essa disposição contratual segue o quanto estabelece o art. 424, do Código Civil português, ao afirmar que no contrato com prestações recíprocas, a transmissão da posição contratual de uma das partes depende do consentimento da outra.

¹³² “Artigo 1112. 1 - É permitida a transmissão por acto entre vivos da posição do arrendatário, sem dependência da autorização do senhorio: a) no caso de trespasse de estabelecimento comercial ou industrial”.

jurisprudência é que prevalece a estipulação contratual, uma vez que o contrato de locação de unidade em centro comercial não é um contrato ordinário de arrendamento para o comércio, mas entendido como contrato atípico¹³³.

Além disso, a discussão da tipicidade ou atipicidade do contrato poderia influenciar, inclusive, nos requisitos exigidos para validade do contrato. Assim, caso fosse entendido aquele negócio jurídico como um contrato de arrendamento e caso tivesse sido firmado antes do Decreto-Lei 64-A/2000, de 22 de abril, o contrato de cedência¹³⁴ de unidade em *shopping center* deveria ser formalizado por escritura pública, nos termos do revogado art. 7º, nº 2, b, que exigia que o contrato de arrendamento para o comércio fosse firmado dessa forma. Contudo, caso fosse entendido como um contrato atípico, seria aplicado o art. 219º, do Código Civil, que estabelece a liberdade de forma, o que possibilitaria que o contrato fosse firmado por instrumento particular, tal como o é na prática comercial portuguesa.

No início do debate, Inocêncio Galvão Telles¹³⁵, defensor da teoria da tipicidade locatícia deste contrato, asseverou que ao resvalar tal avença para um pretense negócio atípico ou inominado, o que se visa é subtrair o ato ao regime do arrendamento urbano, no que este tem de mais restritivo e desvantajoso para o senhorio, em detrimento do lojista.

Ainda segundo Inocêncio Galvão Telles¹³⁶, a teoria da atipicidade de referido contrato apresenta como obstáculo fundamental e decisivo o fato de ser de todo ilegítimo

¹³³ Segundo Ana Afonso, afigura-se que o gestor tem um interesse legítimo em controlar de modo rigoroso os negócios que operem sobre os estabelecimentos comerciais que integram o centro. Na realidade, ainda segundo a autora, mais do que um direito do gestor, constitui para esse um dever assegurar o equilíbrio comercial e o padrão de qualidade inicialmente projetado e também prometido aos lojistas. Arremata a autora, contudo, que é de se excluir a cláusula que proíba, sem mais, a transmissão do estabelecimento, bem como aquela que remeta para o juízo arbitrário do gestor a aprovação do negócio de trespasse. Isso porque a autorização pode ser concedida ou recusada, mas esta última hipótese deve ser fundamentada em motivos sólidos. (AFONSO, Ana. Anotação ao acórdão do STJ de 13 de setembro de 2007: o problema da qualificação e regime dos contratos de instalação de lojista em centro comercial. *Revista de ciências empresariais e jurídicas*. Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto. nº 13. 2008. p. 106). A mesma posição autorizando que a transmissão fosse assentida pelo gestor foi adotada em acórdão julgado pelo Supremo Tribunal português, justificando a necessidade de tal autorização em face da “especificidade do comércio integrado” e “da exigência de coadunar a admissão de novos membros com a política de gestão do centro que cabe ao gesto definir”. (Supremo Tribunal de Justiça, Recurso de Revista nº 07B1857, Rel. Custódio Montes, j. 13 de setembro de 2007).

¹³⁴ Cedência é o termo empregado na doutrina portuguesa para tratar a respeito dos contratos de cessão do uso de unidade em *shopping center*.

¹³⁵ TELLES, Inocêncio Galvão. Contratos de utilização de espaços nos centros comerciais. *O direito*. Ano 123. 1991 (Outubro-Dezembro). p. 528.

¹³⁶ TELLES, Inocêncio Galvão. Contratos de utilização de espaços nos centros comerciais. *O direito*. Ano 123. 1991 (Outubro-Dezembro). p. 528.

considerar como atípica uma convenção que se enquadra perfeitamente no esquema essencial de determinado contrato típico, por possuir a sua estrutura específica e ser dotado de seus elementos caracterizadores. Nessa linha de ideias, arrematou que nunca poderá apodar-se de atípico um acordo através do qual se proporciona a outrem o gozo temporário e remunerado da coisa, visto que tal acordo possui os elementos específicos da locação e pertence assim a uma espécie legalmente consagrada.

Mas esse entendimento, a partir dos anos 2000, passou a ser muito criticado pela doutrina. É bem verdade que a defesa pela atipicidade do contrato, desde meados da década de 90, já era feita por Antunes Varela¹³⁷.

Segundo referido autor, ao lado do elemento típico da locação (a obrigação assumida por uma pessoa de proporcionar o gozo temporário de uma coisa), há outros elementos caracterizadores da atribuição a cargo do fundador ou gestor do centro. Assim, só existe centro comercial se o gestor assumir essas outras obrigações das quais se destacam as relativas à iluminação, higiene, limpeza, policiamento e segurança dos edifícios. Tais benefícios, ainda segundo Antunes Varela, de caráter patrimonial, exorbitam da função econômico-social do arrendamento do prédio urbano.

Anos depois, em outra oportunidade, Antunes Varela¹³⁸ afirmou que as obrigações das partes no contrato em análise não cabem no esquema da locação.

Da mesma forma, Oliveira Ascensão¹³⁹ afasta a tipicidade de tal contrato. Segundo o autor, o contrato não visa só à concessão do gozo de um espaço; visa muito particularmente

¹³⁷ VARELA, Antunes. Centros comerciais (shopping centers), BFD, nº de homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, 1989, p. 44 *Apud* REIS, Rafael Vale e. Contrato de cedência de espaço em centro comercial: natureza jurídica. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

¹³⁸ VARELA, Antunes. *Obrigações em geral*. v. I. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 298-299.

¹³⁹ ASCENSÃO, Oliveira. Integração empresarial e centros comerciais. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, nº 32. 1991, p. 29-70 e, do mesmo autor, Lojas em centros comerciais; Integração Empresarial; Forma, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54º, 1994, p. 835, em anotação ao acórdão do STJ de 24 de março de 1992. Pedro Pais de Vasconcelos também manifestou sua concordância com a atipicidade do contrato. Para o autor, estes contratos não preenchem o tipo legal do arrendamento porque (i) o contrato de arrendamento comercial é tipicamente individual enquanto que o contrato celebrado entre o promotor do centro e os lojistas pressupõe uma pluralidade agregada; (ii) a remuneração que o lojista oferece pela cedência do gozo da loja é parcária, o que não acontece no arrendamento. (VASCONCELOS, Pedro Pais. Contratos de utilização de lojas em centros comerciais: qualificação e forma. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 56, nº 2. p. 535-549).

à instauração de uma empresa, com o objeto definido no contrato. O aspecto empresarial, segundo Ascensão, sobreleva a consideração estática do gozo de bens.

Ainda na doutrina portuguesa, em artigo específico a respeito do tema, Rafael Vale e Reis¹⁴⁰ entende que a *causa negotti* ou a função econômica social desses contratos afasta a figura do contrato de locação porque, nessa modalidade contratual, o locador limita-se a proporcionar ao locatário o gozo da coisa, a título temporário, mediante remuneração acordada. Já nos contratos de cedência de espaço em centro comercial, o gestor não se limita, passivamente, a permitir o gozo dos espaços cedidos aos lojistas. Tem um papel ativo, dirigindo um espaço que surge aos olhos do público como um todo unitário. Instalado o centro e iniciado o seu funcionamento, gestor e lojistas passam a estar concentrados em objetivos comuns, certos de que o seu bom funcionamento, a todos beneficiará.

Essa mesma opinião também é compartilhada por Ana Afonso¹⁴¹, para quem o contrato de cedência de espaço em *shopping center* deve ser considerado atípico misto porque há uma deformação por excesso do tipo legal arrendamento para o exercício do comércio: os contratantes partem, é certo, da celebração de um contrato de cedência do gozo de um espaço para o exercício de uma atividade comercial, mas este é adaptado aos interesses e características específicas do centro comercial.

Da mesma forma, Hugo Duarte Fonseca¹⁴² assevera que a complexidade da relação que esse contrato institui excede, em larga medida, as potencialidades normativas que o tipo arrendamento para comércio comporta. O autor, dentre algumas diferenças, cita o fato de que, no arrendamento para comércio, o proprietário do bem está alheio à sorte de quem comercia; no contrato de instalação de lojista em centro comercial, a entidade gestora

¹⁴⁰ REIS, Rafael Vale e. Contrato de cedência de espaço em centro comercial: natureza jurídica. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 738.

¹⁴¹ AFONSO, Ana. Anotação ao acórdão do STJ de 13 de setembro de 2007: o problema da qualificação e regime dos contratos de instalação de lojista em centro comercial. *Revista de ciências empresariais e jurídicas*. Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto. n.º 13. 2008. p. 93.

Carlos Ferreira de Almeida qualifica o contrato de *shopping center* como “contrato misto de locação e prestação de serviços”. Segundo o autor, embora seja “evidente” que se trate de um contrato socialmente típico, não se vê como pode ser contrariada a inclusão no tipo de todos os elementos próprios do contrato de arrendamento (gozo temporário de uma coisa imóvel, mediante retribuição), em co-presença com outros elementos próprios do contrato de empreitada (limpeza) e de outros contratos de prestação de serviço. (ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Contratos II: Conteúdo, Contratos de Troca*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 215).

¹⁴² FONSECA, Hugo Duarte. Sobre a tipicidade dos contratos de instalação de lojistas em centros comerciais: da tipicidade como pretexto à atipicidade enquanto contexto. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. v. LXXX. Coimbra: 2004. p. 714/715.

potencia, com o desempenho de sua tarefa, os lucros de quem vende, participando neles. Assim, conclui que há mais dissemelhanças do que semelhanças entre os contratos confrontados.

A jurisprudência portuguesa acompanhou a evolução da doutrina. Embora no início dos anos 1990, firme na posição de Inocêncio Galvão Telles, o Supremo Tribunal de Justiça português entendesse referido contrato como um contrato sujeito à lei de arrendamento vigente à época¹⁴³, atualmente é fácil verificar que a jurisprudência é pacífica no sentido da atipicidade de referido contrato:

[...] É, no entanto, jurisprudência dominante do STJ que, na sua grande maioria, tais contratos são inominados, não existindo razões para, no estágio actual dos estudos doutrinários e das realidades da vida jurídica, ser afastado este entendimento. Trata-se de um contrato atípico ou inominado, cuja origem jurídica ainda não está directamente traçada na lei, sem que possa ser considerado um contrato de arrendamento comercial, ou uma cessão de exploração de estabelecimento comercial ou um contrato misto. A cedência de um dado espaço num centro comercial pode configurar um contrato inominado cuja regulamentação se encontra em primeiro lugar nas suas próprias cláusulas, depois nas disposições gerais e, finalmente, nas normas da figura típica mais próxima^{144 145}.

¹⁴³ Nesse sentido “o arrendamento, para comércio, de um local urbano nu, desprovido de instalações, utensílios e mercadorias, sem actividade mercantil e clientela, isto é desprovido de quaisquer elementos integradores dum existente unidade económica complexa e caracterizadora da unidade designada juridicamente por Estabelecimento Comercial integra a figura do contrato de arrendamento para comércio”. (Acórdão disponível em REIS, Rafael Vale e. Contrato de cedência de espaço em centro comercial: natureza jurídica. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 727).

¹⁴⁴ Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 6427/09. 7ª Secção, Rel. Orlando Afonso, j. 20 de maio de 2015.

¹⁴⁵ Da mesma forma: “[...] Mas hoje é pacífica a jurisprudência a considerar como contrato atípico ou inominado a cedência de espaços ou instalação de lojas em centros comerciais, por o rico e complexo circunstancialismo que define não se confinar nos contornos de um simples contrato de arrendamento ou mesmo de um contrato misto de arrendamento e prestação de serviços. É também esse o entendimento da nossa melhor doutrina, que, no essencial, segue os magistrados ensinamentos do Sr. Professor Doutor A. Varela. Nessa jurisprudência e doutrina, tem-se em conta a nova realidade importada dos EUA e praticada entre nós desde os anos 70 e 80 do século passado dos centros comerciais, caracterizados pela concentração, complementaridade e diversificação das lojas nele inseridas, concebidas pelo seu criador; centro com unidade de direcção e gestão, que abarca, para além da implementação, a direcção e a coordenação dos serviços comuns e a fiscalização do regulamento interno, a prestação de serviços (limpeza, arranjo, segurança, iluminação das partes comuns...), a possibilidade de uma retribuição em função das vendas efectuadas e proventos auferidos. Como se diz no Ac. deste STJ de 26.4.94 “as lojas do centro embora exploradas individualmente, integram-se num todo, que preside à sua formação”, não podendo autonomizar-se o respectivo contrato do conjunto em que se integra que é constituído pelo centro comercial. Daí a sua qualificação como contrato atípico ou inominado, regulado pelas respectivas cláusulas, pelos princípios gerais dos contratos e pelos contratos afins que não contrariem a vontade das partes, afirmada dentro da liberdade contratual que o art. 405. do CC define. Não está, pois, o contrato

Diante da jurisprudência e doutrina portuguesas já consolidadas, verifica-se que, após anos e anos de discussão, o contrato de cedência de espaço em centro comercial ou contrato de utilização de espaços nos centros comerciais é classificado como um contrato atípico, razão pela qual, “rege-se, em primeira via, pelo estipulado pelas partes, face ao princípio da liberdade contratual e, depois, pelas regras dos contratos típicos afins onde houver analogia^{146 147}”.

No Brasil, o início da discussão doutrinária que se tem notícia, em meados dos anos 80, também entendia, de forma majoritária, pela tipicidade da cessão do uso de espaços em shopping centers (locação).

Segundo Caio Mário da Silva Pereira¹⁴⁸, no contrato de *shopping center* estão presentes os elementos essenciais da locação. Segundo o autor, a intromissão de fatores

sujeito às regras de forma típicas do contrato de arrendamento, exigidas à data, vigorando a regra da liberdade de forma consagrada no art. 219. do CC, sendo válida a forma que revestiram os contratos acordados” Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Processo nº 07B1857, Rel. Custódio Montes, j. 13 de setembro de 2007. “[...] O contrato celebrado entre o proprietário ou explorador de um centro comercial e um lojista para que este passe a ocupar uma loja desse centro constitui um contrato inominado ou atípico que se pode designar como contrato de instalação de lojista em centro comercial. Este contrato rege-se, em primeira via, pelo estipulado pelas partes, face ao princípio da liberdade contratual e, depois, pelas regras dos contratos típicos afins onde houver analogia.” (Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Processo nº 98A834, Rel. Pais de Sousa, j. 27 de outubro de 1998).

“ [...] A convenção negocial em que a ré se não limita a proporcionar à autora o gozo do espaço de que é arrendatária, estabelecendo antes as partes uma articulação de prestações não compreendidas em espécies típicas directamente reguladas na lei, é um contrato atípico ou inominado, cujo regime jurídico ainda não está directamente traçado na lei. A sua regulamentação há-de ir basear-se ou buscar-se na vontade das partes, nos limites legais, explícita ou inferível, às disposições gerais e, se necessário, à figura típica que lhe fique mais próxima, como decorre do artigo 405 do CCIV66”. (Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 96B481, Rel. Costa Marques, j. 20 de fevereiro de 1997). “[...] O contrato objecto dos autos não se confunde com o contrato de arrendamento, de carácter vinculístico, regulado por disposições imperativas, que afastam o princípio geral da liberdade de estipulação, resultante do princípio da autonomia privada, titulado constitucionalmente e ligado ao valor de auto determinação da pessoa, mas que deve estar em consonância com outros princípios como o da protecção das expectativas de confiança do destinatário e o princípio de protecção de segurança do tráfego jurídico. A cedência do gozo de um prédio urbano ou de parte dele que decorre do contrato de arrendamento, confere ao arrendatário e ao senhorio poderes e deveres, diferentes dos do contrato acima documentado, pois a sua função económica e social é diferente do arrendamento e também do de mera prestação de serviços, como é entendimento dominante na jurisprudência e na doutrina”. (Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Processo nº 1398/03, 6ª Secção, Rel. Cardoso de Albuquerque, j. 30 de junho de 2009).

¹⁴⁶ Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Processo nº 98A834, Rel. Pais de Sousa, j. 27 de outubro de 1998.

¹⁴⁷ Destaque, também, acórdão datado de 26 de abril de 1994, no Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, comentado por Rita Amaral Cabral. Segundo referido julgado, “o contrato inominado celebrado entre o fundador ou o organizador do centro comercial e cada um dos lojistas rege-se pelas disposições reguladoras dos contratos em geral e, se necessário, pelas disposições (não excepcionais) dos contratos nominados com que apresenta mais forte analogia (*Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Ano XXXVII, Lex Editora: Lisboa, 1995. p. 217-229).

¹⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Shopping centers: aspectos jurídicos*. Coordenação: José Soares Arruda e Carlos Augusto da Silveira Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 86.

acidentais não lhe ofende ou abala a estrutura. Assim, Caio Mário arremata ao afirmar que se trata de uma locação revestida de peculiaridades, mas nem por isso deixa de ser locação.

Da mesma forma, Washington de Barros Monteiro¹⁴⁹ afirmou que aludido contrato é “desenganadamente” o de locação, embora com algumas peculiaridades que, todavia, não chegam a descaracterizá-lo.

Bom que se diga que, mesmo nos idos anos de 1984, a doutrina brasileira tinha já vozes que defendiam a atipicidade de tal contrato. Orlando Gomes¹⁵⁰ asseverou que referido contrato não é propriamente de locação, mas um contrato atípico, sobretudo porque as partes, pela autonomia privada, poderiam projetar as obrigações de ângulos diversos, em determinações que contrariam as obrigações da locação.

Com o passar dos anos e talvez influenciada pela evolução do pensamento jurídico português, a doutrina brasileira passou a defender a atipicidade dos contratos de utilização de espaço em shopping center.

Ainda nos anos 90, diversos autores passaram a defender a atipicidade desse tipo de contrato. Fernando Albino de Oliveira¹⁵¹, dizendo-se influenciado pela lição de Orlando Gomes, asseverou que no contrato de locação em *shopping center* há uma sociedade entre lojista e empreendedor, uma nítida convergência de interesses para e no exercício da atividade comercial, distinguindo-se por completo da locação comercial.

Alfredo Buzaid¹⁵², na mesma senda, asseverou que o contrato celebrado entre o empresário do *shopping center* e o titular de unidade autônoma é uma figura nova no direito brasileiro, que pode apresentar semelhanças com a locação de imóvel urbano, mas que dele se distingue por seus elementos constitutivos, por suas peculiaridades e por sua natureza

¹⁴⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. Shopping Center. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers: aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 166.

¹⁵⁰ GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um shopping center. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers: aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 113-115.

¹⁵¹ OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. Fundo de comércio de shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers. Questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 71.

¹⁵² BUZAID, Alfredo. Estudo sobre “shopping center”. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers. Questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 13.

jurídica. Segundo o autor, a característica deste contrato não está apenas em ceder, por tempo determinado, o uso e gozo de um imóvel mediante certa retribuição. Além desse elemento objetivo reputa-se de especial relevância a estrutura, o financiamento e a organização do *shopping center* como figura orgânica, que tem essencialmente um fundo de comércio próprio criado pelo empresário. Buzaid sugeriu, inclusive, fosse esse contrato intitulado como “contrato de estabelecimento”. Compartilham dessa opinião Modesto Carvalhosa¹⁵³ e Penalva Santos¹⁵⁴.

Avançando no tempo, Álvaro Villaça de Azevedo¹⁵⁵, em meados dos anos 2000, afirmou que a considerar as particularidades do contrato¹⁵⁶, não há que se falar em locação, mas em contrato atípico misto.

José Fernando Simão¹⁵⁷, concordando com Villaça, asseverou que referido contrato revela-se atípico, pois gera obrigações ao locador (manutenção da limpeza e conservação das partes comuns, zelando, ainda, pelo bom funcionamento dos aparelhos de iluminação e hidráulica) e ao locatário (manutenção de vitrines, de acordo com padrões do shopping, contribuições a fundos para promoção coletiva e até pagamento de um 13º aluguel) que são estranhas ao contrato de locação.¹⁵⁸

¹⁵³ CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre relações jurídicas em *shopping centers*. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers. Questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 168.

¹⁵⁴ PENALVA SANTOS, J.A. Regulamentação jurídica do *shopping center*. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers. Questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 109.

¹⁵⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 184/185.

¹⁵⁶ Villaça cita particularidades desse contrato: (i) o utilizador tem de informar o empreendedor sobre seu faturamento, por planilhas, para que se possa elaborar o cálculo do aluguel percentual ou variável (prestação de fazer); (ii) o empreendedor, na falta dessa informação, ou não se contentando com ela, pode fiscalizar esse faturamento até a boca do caixa sem qualquer impedimento por parte do utilizador; (iii) o utilizador deve contribuir para o Fundo de Promoções Coletivas, com o valor, geralmente, de 10% sobre o aluguel pago, para propiciar campanhas promocionais do centro comercial, que reverte em benefício de todos; (iv) o empreendedor também deve contribuir para esse Fundo; (v) o utilizador deve pagar 13º salário aos empregados e ao pessoal da administração do centro comercial; (vi) o utilizador deve pagar ao empreendedor, para compensar o fundo de empresa por este criado, uma importância em dinheiro, em razão da *res sperata*; (vii) o utilizador não pode deixar seu estabelecimento fechado, por mais de 30 dias; (viii) o empreendedor obriga-se a administrar o shopping center, mantendo em pleno funcionamento o sistema de iluminação e de hidráulica nas áreas comuns, dentre outras particularidades. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 184/185).

¹⁵⁷ SIMÃO, José Fernando. *Legislação especial: locação e propriedade fiduciária* (Série leituras jurídicas: provas e concursos. v.30) São Paulo: Atlas, 2007. p. 118.

¹⁵⁸ De fato, há prestações nesse contrato que ultrapassam o modelo *do ut facias* (dou para que façam). Ao imputar obrigação de fazer, o modelo também conteria “*facio ut facias*”. Segundo Álvaro Villaça, os contratos “*verbis*” e “*litteris*”, ambos solenes, com o passar dos anos, tornaram-se insuficientes, surgindo então, em suprimento desse sistema, os contratos inominados, que alargaram as possibilidades de contratação por meio

Rodrigo Barcellos¹⁵⁹, em obra específica a respeito do tema, tendo analisado diversos critérios que qualificam os contratos atípicos, defendeu que o contrato de shopping center é um contrato atípico misto, posição com a qual concordamos.

Esse posicionamento, embora não seja pacífico, é o que prevalece na jurisprudência, em especial no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁶⁰ e no Superior Tribunal de Justiça¹⁶¹. De todo modo, ressalte-se que até hoje a questão não é unânime. Se, por um lado, já se entendeu “tratar de negócio jurídico *atípico*, de natureza mista, contendo cláusulas específicas relacionadas ao interesse do empreendedor no êxito do comércio exercido pelo lojista [...]”^{162 163}, por outro, embora tenha sido firmado entre as partes “contrato atípico de loja comercial – litoral Plaza shopping”, segundo determinado julgado, referida avença “possui inquestionável *natureza locatícia*, sendo assim aplicável a legislação específica”¹⁶⁴.

das fórmulas de Paulo (Digesto, Liv. 19, tít. 5, lei 5, pr.): “*do ut des* (dou para que dê), “*do ut facias*” (dou para que faça), “*facio ut des*” (faço para que faça)”. (AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Atipicidade Mista do Contrato de Utilização de Unidade em Centros Comerciais e Seus Aspectos Fundamentais. *Revista dos Tribunais*, ano 84, vol. 716, p. 112-137, jun. 1995).

¹⁵⁹ BARCELLOS, Rodrigo. *O Contrato de Shopping Center e os Contratos Atípicos Interempresariais*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 116. Da mesma forma, Custódio da Piedade Ubaldino Miranda também entende pela atipicidade do contrato de locação de *shopping center*. (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Locação de imóveis urbanos: Comentários à Lei 8.245/1991*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 145).

¹⁶⁰ “A atipicidade do inquilinato em shopping centers, embora não descaracterize a locação, permite a cobrança, pelo senhorio, de obrigações especiais, livremente ajustadas e não proibidas por lei”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 696642-0/1, Rel. Rodrigues da Silva, j. 28 de março de 2006).

¹⁶¹ “A interpretação que dou ao aluguel de lojas em shopping center é a de um contrato atípico, por isso não posso tipificar e dizer que tudo é locação. Entendo que existe uma parte fixa, que é a locação, e uma parte variável, que é uma prestação atípica, porque fica na base do faturamento. Para haver o faturamento, ambas as partes lutam para o sucesso do negócio. O dono do shopping center faz investimentos para que haja um lucro maior; o dono das lojas também tem interesse de faturar. Então, nessa segunda parte está a atipicidade do contrato e um negócio em que ambos estão do mesmo lado, seja o dono do shopping center, seja o dono da loja. A partir dessa interpretação, entendo que não posso moldurar esse contrato como sendo de locação típica e considerá-lo como um aluguel, tendo uma parte fixa e outra variável, razão pela qual entendo que tais receitas não integram a base de cálculo da COFINS”. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 748.256-RS, Rel. Eliana Calmon. j. 26 de agosto de 2008).

¹⁶² Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0919283-04.2012.8.26.0506, Rel. Sá Moreira de Oliveira, j. 9 de abril de 2015).

¹⁶³ “O dono do empreendimento e os ocupantes dos boxes são parceiros de uma atividade conjunta e coordenada, fruto do empreendedorismo da administradora do shopping-center, no caso, a autora, e fruto da participação comprometida dos ocupantes dos boxes, no caso, a corré BR Cosméticos e Estética Ltda EPP. Por isso, não celebraram as partes contrato típico de locação comercial [...]” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0010322-18.2010.8.26.0006, Rel. Rosa Maria de Andrade Nery, j. 4 de junho de 2012).

¹⁶⁴ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0006106-90.2009.8.26.0477, Rel. Marcondes D’Angelo, j. 26 de setembro de 2012.

Não obstante, após estudo dos contratos de utilização de unidade em centros comerciais, estamos convencidos de que se trata de um contrato atípico misto, envolvendo prestações decorrentes da locação e da prestação de serviços.

De fato, a natureza jurídica e as obrigações das quais as partes estão condicionadas no contrato de locação de *shopping center* ultrapassa a locação comercial pura e simples, em que há apenas a cessão do uso do imóvel.

Assim, da mesma forma que o contrato de locação em *shopping center* envolve a mistura de prestações que não apenas decorrentes da locação, sendo, portanto, contrato atípico, o *built to suit* também deve ser classificado pela sua atipicidade. Mesmo que ambos negócios jurídicos estejam previstos na Lei do Inquilinato (art. 54 e art. 54-A), tal fato não significa podermos classificar esses contratos pela sua tipicidade.

3) Contratos *built to suit* e ausência de coligação contratual.

Inicialmente, porque presentes prestações de diversos tipos contratuais, o contrato *built to suit* poderia ser confundido com um contrato coligado. Ocorre que o contrato coligado distingue-se dos contratos atípicos mistos.

Segundo Rodrigo Leonardo Xavier¹⁶⁵, a coligação contratual retrata o *gênero*¹⁶⁶ das situações em que duas ou mais diferentes relações contratuais se encontram vinculadas, ligadas, promovendo alguma eficácia *paracontratual*, ou seja, alguma eficácia *ao lado* daquela que se desenvolve internamente ao contrato.

Francisco Marino¹⁶⁷ conceitua a coligação contratual os contratos que, por força de disposição legal, de natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca¹⁶⁸.

Exemplo de coligação contratual dá-se no que julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁹ intitulou de “negócio de aquisição da casa própria”, em que haveria

¹⁶⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera*, Porto Alegre: Lejus, 2013. p. 8.

¹⁶⁶ A classificação de Rodrigo Xavier Leonardo afirma que a partir do gênero contrato coligados, seria possível diferenciar: a) contratos coligados em sentido estrito; b) contratos coligados por cláusula expressamente prevista pelas partes e c) contratos conexos. Os contratos conexos poderiam, ainda, ser classificados em c.1) redes contratuais e c.2) contratos conexos em sentido estrito. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera*, Porto Alegre: Lejus, 2013. p. 10). O mesmo autor, em outra passagem, também assevera que a doutrina internacional emprega diferentes expressões para tratar a respeito dos contratos coligados. Segundo esse autor, o direito italiano e português preferem a expressão contratos coligados. Já o direito espanhol privilegia-se a expressão contratos conexos. No direito francês, grupo de contratos e, por fim, o direito argentino a expressão redes contratuais. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 128/129).

¹⁶⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 221-222.

¹⁶⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 221-222.

¹⁶⁸ Para o Prof. Claudio Luiz Bueno de Godoy, na coligação contratual há uma finalidade econômica comum das partes, que faz os ajustes entre si subordinados. “Os negócios coligados perseguem um mesmo fim econômico e se completam na prossecução desse objetivo comum”. (GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 151).

¹⁶⁹ Superior Tribunal de Justiça, REsp 51.169/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 09 de dezembro de 1999. Segundo o julgado: “a solidariedade do agente financeiro decorre do próprio negócio – um só, e não dois, o qual foi ajustado como ‘negócio de aquisição da casa própria’”. Naquele acórdão, foi citada lição de Araken de Assis, que asseverou que “conquanto seja possível isolar cada elemento em particular, as operações básicas da construção e do financiamento não admitem cisão, porque perderam a autonomia e simetria completa com a tipologia usual. Elas se fundiram, sem prejuízo de certas variações, num tipo novo: o negócio de aquisição da casa própria”.

coligação entre os contratos de financiamento, seguro e construção do imóvel pretendido pelo consumidor.

Coligação contratual também se daria no exemplo trazido por Rodrigo Xavier Leonardo¹⁷⁰, em que determinado vendedor de aparelhos eletrodomésticos de difícil comercialização, pelo seu elevado preço, decide se unir a uma instituição financeira para alcançar um número maior de consumidores.

O contrato coligado, contudo, possui diferenças em relação ao contrato atípico misto.

A diferenciação entre o contrato atípico misto e o contrato coligado é muito bem explicada por Rodrigo Xavier Leonardo¹⁷¹. Segundo ele, a *primeira diferença* dos contratos reside no fato de que, enquanto nos contratos atípicos mistos verifica-se apenas uma causa do negócio, nos contratos em rede existem tantas causas quanto o número de contratos encadeados. Nos contratos coligados, a despeito de uma manutenção de causas respectivas aos contratos funcionalmente interligados, surgiria uma nova causa, para além dos limites de cada contrato individualmente considerado.

Mas, além disso, a *segunda diferença*, segundo o mesmo autor, permite que a partir dos contratos atípicos mistos se verifique a formação dos novos contratos com base em contratos anteriormente tipificados. Já nos contratos coligados, nada se diz quanto a uma transformação dos contratos pertencentes à rede, vez que o enfoque é dado ao nexo funcional existente entre esses diversos contratos encadeados, que podem ser típicos, atípicos ou, até mesmo, mistos¹⁷².

Ricardo Lorenzetti¹⁷³ afirma que há de se distinguir os casos dos contratos atípicos mistos, com prestações de tipos distintos, mas existindo uma conexão funcional das

¹⁷⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera*, Porto Alegre: Lejus, 2013. p. 4.

¹⁷¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 106.

¹⁷² Ainda a respeito das diferenças entre contratos atípicos e coligados, sugere-se a leitura do Capítulo 4 (Contratos atípicos e contratos coligados: características fundamentais e dessemelhança) da obra de Giselda Hironaka (HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Direito Civil: Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 135 e ss).

¹⁷³ LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Tomo 1. 2ª ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, [s.d]. p. 34.

prestações, num único contrato. Já nos contratos coligados, pode haver dois ou mais contratos distintos, típicos ou atípicos, que normalmente respondem a uma finalidade econômico social diferente, mas que estão vinculados entre si.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁷⁴, de forma clara, nos ensinam que, na coligação contratual os negócios jurídicos apenas se cumulam, porém não se misturam ou confundem, pois cada qual preserva suas peculiaridades. Já nos contratos atípicos mistos, há a fusão, em um só negócio, de elementos contratuais distintos que, além de perderem a sua autonomia no esquema negocial unitário derivado, fazem simultaneamente parte do conteúdo deste.

De fato. Ainda segundo Rodrigo Xavier Leonardo¹⁷⁵, nos contratos atípicos mistos, os diversos contratos típicos que lhes compõem perdem sua individualidade, tanto estrutural quanto funcionalmente. Aparece, assim, um novo negócio, com estruturas e funções diversas daquelas previstas nos contratos típicos misturados.

O mesmo autor¹⁷⁶ arremata que não se pode deixar de indicar a unicidade de causa no contrato misto (entendida esta como função prático-social ou econômico-social), diversamente da causa pertinente a cada um dos contratos singulares tidos como mesclados. Esse é um pressuposto inafastável para o reconhecimento de um contrato atípico misto. Em outras palavras, o contrato atípico misto deve engendrar uma operação econômica diversa das operações alinhavadas pelos contratos típicos.

Por fim, Rodrigo Xavier Leonardo¹⁷⁷ afirma serem características dos contratos atípicos mistos: (a) a coexistência de uma pluralidade de pressupostos ou elementos provenientes de diversos contratos típicos; (b) o surgimento de uma causa diversa daquela pertinente aos diversos contratos típicos mesclados; (c) a diferenciação estrutural e funcional entre os contratos mistos e os contratos típicos por eles mesclados; (d) o surgimento, com o

¹⁷⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: *Contratos*. 4ª ed. Salvador: Jus Podium, 2014. p. 382.

¹⁷⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 104.

¹⁷⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 105.

¹⁷⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 105.

contrato misto de uma operação diversa daquela engendrara pelos contratos típicos que o formam.

Assim, enquanto nos contratos atípicos mistos há o surgimento de uma operação econômica única, distinta daquelas enquadradas pelas prestações do tipo que a compõem, na coligação contratual existem tantas causas quanto o número de contratos encadeados àquela operação econômica.

Diferenciados os contratos, parece clara a classificação do contrato *built to suit* pela atipicidade mista e não coligação contratual.

A considerar a união das prestações da locação e empreitada, entendemos que as partes firmam um negócio jurídico com estruturação e funções diferentes das prestações tradicionais da locação e empreitada. Nasce um novo negócio jurídico, ou seja, *built to suit*. Embora o contrato tenha prestações da locação e empreitada, o contrato possui uma única causa.

A considerar as características dos contratos atípicos mistos defendidas acima por Rodrigo Xavier Leonardo, parece-nos que o *built to suit* possui pluralidade de prestações de outros contratos típicos, diferenciando-os estrutural e funcionalmente dos referidos contratos, fazendo nascer um contrato com operação diversa da mera união entre um contrato de locação e outro de empreitada em que há uma unicidade de causa¹⁷⁸.

Todavia, a doutrina não é unânime.

Francisco Marino¹⁷⁹, estudioso dos contratos coligados, asseverou que o negócio imobiliário de tipo *built to suit* se qualifica, em seu modelo mais simples, como coligação contratual formada por contrato de empreitada e contrato de locação.

¹⁷⁸ Como ressalta Francisco de Godoy Bueno, nos contratos atípicos mistos, há uma coexistência de prestações típicas e atípicas distintas vinculadas a uma única causa. (BUENO, Francisco Godoy. Regime jurídico dos contratos atípicos no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 6. ano 3. jan-mar. 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 55 e ss.

¹⁷⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 185.

Paula Miralles de Araujo¹⁸⁰, por sua vez, discorda desse ponto de vista. Segundo a autora, especificamente no que tange à análise do contrato *built to suit*, a prática do mercado dá conta do fato de que as partes costumam formular um único contrato prevendo as condições de construção e de locação, num único instrumento. Em contrapartida, as prestações do locatário de remuneração da construção e locação são indissociáveis e, em verdade, fundidas entre si. Por essa razão, a premissa da presente análise é a de que não se pode entender o contrato *built to suit* como mera união de contratos.

Concordamos com tal posicionamento. Reafirmamos nosso entendimento que o contrato *built to suit* não se qualifica como hipótese de coligação de contratos porque há apenas uma causa do negócio e, além disso, inexistem contratos encadeados. Há, em verdade, um único objeto contratual, que envolve figuras de diversos contratos típicos. No *built to suit*, se retirarmos a prestação da empreitada, o contrato perde sua essência e altera-se a natureza jurídica, transformando-o em um contrato de locação pura e simplesmente (desde que não esteja presente qualquer prestação da compra e venda).

Em nossa opinião, portanto, fica descartada a hipótese de coligação contratual. Nosso entendimento vai de acordo com o que assevera Rodrigo Leonardo Xavier¹⁸¹ quando afirma que o contrato *built to suit*, em sua conformação básica, não se trata de um contrato coligado.

Todavia, como bem ressaltado por Rodrigo Leonardo Xavier¹⁸², embora o *built to suit* não seja considerado contrato coligado em suas prestações, quando esse contrato envolver uma outra plêiade de contratos elaborados para a operação econômica unificada de *built to suit* (securitização, seguro de obra, prestação de serviços de manutenção da edificação, dentre outros), ocorrerá a coligação contratual no que o autor classifica como contrato conexo em sentido estrito. A coligação, contudo, não se dá entre a locação e empreitada, mas entre o *built to suit* e os outros contratos.

¹⁸⁰ ARAUJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2014. p. 53 e 54.

¹⁸¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato *built to suit*. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016, p. 427.

¹⁸² LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato *built to suit*. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016, p. 427.

4) Contratos *built to suit* e sua classificação como contrato de longa duração

Contrariamente do contrato de venda e compra, o contrato *built to suit* não pode ser executado num só instante. Trata-se de um contrato em que a execução se protraí no tempo, daí porque pode ser classificado como contrato de execução periódica (ou diferida).

Embora seja um contrato de execução periódica, poderia ser classificado na categoria de contrato de longa duração?

A respeito do tema, Paulo Dóron Rehder de Araujo¹⁸³, com fundamento na lição de Giorgio Oppo, afirma que o fato puro e simples de a execução do contrato ser periódica não é suficiente para que um contrato seja categorizado como de longa duração. Isso porque, para o contrato de longa duração, o tempo não é um elemento acessório, mas é a própria nota característica da prestação.

Assim, segundo Giorgio Oppo¹⁸⁴, embora o contrato possa ser de execução periódica, em alguns casos o tempo não integra a causa contratual, porque é elemento accidental do negócio, desnecessário à existência do negócio em si. Segundo Paulo Dóron Rehder de Araujo¹⁸⁵, em alguns casos o tempo pode ser até mesmo um “peso” que as partes teriam que suportar. A esse exemplo, cita o autor o tempo numa reforma em uma residência. Fosse possível, muito melhor que o empreiteiro realizasse a obra instantaneamente, sem ter de submeter os moradores às chateações típicas de uma reforma.

¹⁸³ ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória dos contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. 2011. p. 81.

¹⁸⁴ OPPO, Giorgio. I contratti di durata. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, v. XLI, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1943. p. 143 *Apud* ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória dos contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. 2011. p. 84.

¹⁸⁵ ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória dos contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. 2011. p. 84.

Já nos contratos de longa duração, o tempo, segundo Paulo Dóron Rehder de Araujo¹⁸⁶ é a causa e elemento primordial do contrato: eles são feitos para durar. Como exemplo de contratos de longa duração, Giorgio Oppo cita os contratos de locação, de trabalho, de sociedade, de fornecimento, os contratos de assinatura (jornal, revista, etc.), mandato, depósito, comodato, hospedagem, dentre outros. Cite-se ainda os contratos e plano de saúde, seguros de vida, dentre outros.

Diante disso, seria o contrato *built to suit* um contrato de longa duração? A questão é curiosa. Enquanto no contrato de empreitada (que é uma das prestações do *built to suit*) o tempo da obra certamente não é interessante às partes, na locação (outra prestação do *built to suit*), o tempo de cumprimento de contrato pode ser relevante tanto para o locador, quanto para o locatário.

Embora o *built to suit* tenha como prestação a empreitada, não se negue que o tempo é elemento relevante para que esse contrato seja firmado. De fato, o tempo para a execução da obra pode ser considerado um “peso” para os contratantes. Pudessem as partes optar, o empreendedor gostaria de entregar a obra o quanto antes (até mesmo para dar início ao recebimento da remuneração) e o ocupante receber a obra com a maior antecedência possível.

Por outro lado, uma vez entregue a obra, ambas as partes têm por objetivo que o contrato perdure no tempo. A duração do contrato é relevante ao ocupante, que recebe uma obra de acordo com as suas especificações, o que torna interessante a permanência no imóvel por longo período. Além disso, quanto maior a permanência do ocupante no imóvel (inclusive em prazo posterior aquele determinado no contrato), maior será o lucro obtido com o investimento¹⁸⁷.

¹⁸⁶ ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória dos contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. 2011. p. 150-151.

¹⁸⁷ Ressaltando a importância do tempo contratual no *built to suit*, Rodrigo Xavier Leonardo assevera que o tempo é essencial para que os investimentos realizados pelo empreendedor possam ser restituídos e remunerados pelas prestações procrastinadas no tempo imputadas ao usuário. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato built to suit. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016, p. 445).

Por tais motivos é que o contrato *built to suit* é normalmente firmado por prazos superiores a dez anos. Além disso, não raras vezes, ambas as partes têm interesse na renovação consensual do contrato. Assim, porque o tempo é um elemento querido pelas partes, podemos categorizar o contrato *built to suit* como um contrato de execução periódica e de longa duração. Essa classificação será relevante para o estudo da prorrogação do contrato *built to suit*, que será analisado à frente.

PARTE III – DISCIPLINA JURÍDICA APLICÁVEL AOS CONTRATOS *BUILT TO SUIT* E ASPECTOS CONTROVERTIDOS

1) Disciplina jurídica aplicável aos contratos atípicos

Segundo Araken de Assis¹⁸⁸, a função do tipo contratual consiste em estabelecer o regime jurídico aplicável ao contrato. As regras próprias do contrato típico pré-excluem as normas gerais.

Contrariamente aos contratos típicos, os contratos atípicos não possuem regramento ditado pela lei. A legislação brasileira apenas estabelece que os contratos atípicos devem “observar as normas gerais fixadas neste Código” (art. 425, do Código Civil).

Mas, naturalmente, além das “normas gerais”, nos contratos atípicos, as partes estão sujeitas a outras regras jurídicas.

Maria Helena Brito¹⁸⁹ assevera que, nos contratos atípicos, as fontes aplicáveis seriam (i) antes de mais nada, as regras fixadas pelos contraentes, desde que lícitas; (ii) em segundo lugar, as normas e princípios fixados na lei para categorias contratuais, dentro das quais o contrato se inclua; (iii) se tal não bastar, às normas e princípios estabelecidos na lei para a generalidade dos contratos e, em geral, para os negócios jurídicos e obrigações (iv) ao final, só depois de esgotadas essas possibilidades se deve atender às normas reguladoras do tipo ou dos tipos contratuais com que o contrato apresente mais afinidades, aplicando-se, por analogia, as disposições não excepcionais desse ou desses tipos contratuais.

Manuel de Andrade¹⁹⁰ atribui à vontade das partes o estatuto principal de fonte normativa para a disciplina dos contratos atípicos. Subsidiariamente, deveriam aplicar as disposições próprias do tipo ou tipos negociais com os quais o negócio em causa tiver

¹⁸⁸ ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Do Direito das Obrigações*. v. 5. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 129.

¹⁸⁹ BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial: descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 218-220.

¹⁹⁰ ANDRADE, Manuel de. *Teoria geral da relação jurídica*. v. II. Coimbra: Almedina, 1972. p. 323.

similitude bastante para se justificar a respectiva extensão analógica e, por fim, as normas gerais do contrato.

Antônio Pinto Monteiro¹⁹¹ considera que é de atender, antes de mais, às próprias cláusulas acordadas pelos contraentes, desde que lícitas. Assim como importa ter sempre presente os princípios e as regras gerais do direito dos contratos e do negócio jurídico, designadamente no tocante à formação do contrato, à capacidade dos sujeitos, à declaração negocial, ao objeto, ao cumprimento e não cumprimento e à conduta das partes. Ao final, afirma ser metodologicamente correto atender às regras dos contratos mais próximos, às regras daqueles contratos que tenham a sua disciplina fixada na lei, por analogia.

Ricardo Lorenzetti¹⁹² entende que, aos contratos atípicos, devem ser aplicadas, em primeiro lugar, as normas gerais relativas às obrigações e contratos em geral, tendo prioridade as imperativas sobre as supletivas; em segundo lugar, as normas imperativas correspondentes ao contrato típico mais próximo e, em terceiro lugar, às normas supletivas correspondentes ao contrato típico mais próximo.

Pedro Pais de Vasconcelos¹⁹³, por sua vez, sustenta que não é fácil estabelecer uma hierarquia simples entre a estipulação das partes, a lei geral sobre contratos, negócios jurídicos e obrigações, a analogia aos tipos contratuais legais e os tipos sociais subjacentes, quando existam. Isso porque o relacionamento recíproco dos vários contributos para a formação da disciplina dos contratos atípicos não é fixo, não é sempre o mesmo, e varia com a feição do contrato e com as circunstâncias.

Ao final, conclui o autor¹⁹⁴ que não é possível estabelecer uma hierarquia de fontes aos contratos atípicos que seja suficientemente elástica e completa para assegurar um tratamento adequado a todos os contratos atípicos ou, sequer, de sua generalidade, dada a sua grande variedade e diversidade. Caso existisse uma fórmula nesse sentido, capaz de

¹⁹¹ MONTEIRO, António Pinto. *Direito Comercial: contratos de distribuição comercial*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 68 e seguintes.

¹⁹² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores [s.d]. p. 30.

¹⁹³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 330.

¹⁹⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 333.

equacionar satisfatoriamente essa hierarquia, tal fórmula teria tendência para se cristalizar como definitiva e vir a ser aplicada no futuro a todos os contratos atípicos.

Da mesma forma, Francisco Marino¹⁹⁵ defende que não é possível construir um rol hierárquico rígido de fontes de regulação dos contratos atípicos. Isso, em primeiro lugar, devido à diversidade de subtipos de contratos atípicos. Ademais, consoante Marino, a própria natureza de tais contratos demanda um grau maior de flexibilidade na escolha das fontes de regulação. Assim, segundo o autor, somente no caso concreto é possível apontar qual das fontes deverá ter prevalência sobre as demais.

E a ausência de um critério seguro e uniforme¹⁹⁶ para encontrar a disciplina jurídica do contrato atípico pode levar o operador, inadvertidamente, a tentar a todo custo tipificar um contrato atípico.

Segundo Rodrigo Xavier Leonardo¹⁹⁷, quando os indivíduos pretendem vincular-se, caso não estejam acompanhados por advogados, formalizam suas intenções em linguagem compatível com a operação econômica pretendida e não com o tipo mais próximo encontrado na legislação. Ocorre que, segundo Xavier Leonardo, não raras vezes, na contramão do que

¹⁹⁵ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Classificação dos Contratos. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; e JABUR, Gilberto Haddad (coord.). *Direito dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 28.

¹⁹⁶ A respeito do estudo da dificuldade da qualificação e busca pela disciplina jurídica dos contratos atípicos, sugere-se a leitura da obra de Maria Costanza, professora da Faculdade de Milão (COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè Editore, 1981).

A ausência de critérios legais da disciplina jurídica dos contratos atípicos faz com que Álvaro Villaça Azevedo, desde 1965, defenda a necessidade de alteração legislativa. Villaça chegou, inclusive, a apresentar projeto de lei, nesse sentido. Segundo o autor, haveria necessidade de tratamento genérico dos princípios dos contratos atípicos que, orientando sua formação, limitassem a autonomia privada, evitando-se, com isso, abusos e enriquecimento indevido. Ainda na lição de Villaça, a "lei necessita fixar moldes gerais para os contratos atípicos, a fim de que a liberdade privada não vá além de seus limites". (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 134 e seguintes).

Nossa opinião, contudo, é divergente. A ausência de regulamentação legal da disciplina jurídica dos contratos atípicos, para nós, não significa, tal como defende Villaça, que "o contrato atípico poderá ser um meio de verdadeira opressão entre os homens, restando ao Poder Judiciário controle quase impossível, de difícil realização". O Código Civil atual já permite às partes firmarem contratos atípicos (art. 425). Contrato atípico significa liberdade. Liberdade, no Direito Civil, não significa, necessariamente, regulamentação. Além disso, a respeito dos limites à autonomia privada, o próprio Código Civil já possui as ferramentas necessárias para conter eventuais abusos. A cláusula geral da boa-fé objetiva, a proibição do abuso de direito, dentre outras ferramentas são suficientes para impor os limites aos excessos. Desnecessário, portanto, qualquer regulamentação. É óbvio, tal como asseverou Mário Júlio de Almeida, que a liberdade de fixação do conteúdo dos contratos move-se dentro dos limites da lei, nos termos do art. 405, nº 1, do Código Civil português (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2006).

¹⁹⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato built to suit. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016, p. 434.

os contratantes acordaram, os juristas, ao interpretarem o caso concreto, acabam por recorrer fielmente aos contratos típicos.

Esse recurso, na prática contratual, pode fazer com que operação econômica acordada pelas partes seja relegada a um segundo plano, perdendo espaço para as determinações do tipo legal entendido, inadvertidamente, como tipo de referência.

A tentativa de enquadrar ao contrato atípico a disciplina de outro contrato típico não é salutar. A disciplina jurídica dos contratos típicos, difere dos contratos atípicos. Nos contratos atípicos, a autonomia privada ganha destaque e as condições contratuais firmadas entre as partes possui relevância significativa. Muitas vezes os contratantes, quando firmam contratos atípicos, querem justamente fugir das regras estabelecidas para o tipo mais próximo.

Nesse sentido, valendo-nos da lição de Maria Helena Brito, as regras fixadas pelos contraentes são hierarquicamente superiores às dos tipos legais com que o contrato apresente mais afinidades, que somente devem ser aplicadas por analogia, desde que insuficientes as disposições firmadas entre as partes. Privilegia-se, portanto, a operação econômica buscada pelas partes.

Daí a importância, nos contratos atípicos, que as partes disponham das regras contratuais da forma mais completa possível¹⁹⁸, visando a resguardar a autonomia contratual, sob pena de terem de se submeter, no silêncio contratual, às determinações dos tipos contratuais mais próximos¹⁹⁹.

Nesses termos, consoante o quanto estabelece o art. 425, do Código Civil, bem como valendo-nos das lições de Maria Helena Brito, podemos afirmar que os contratos atípicos possuem fontes normativas (i) as disposições contratuais firmadas entre as partes; (ii) as

¹⁹⁸ Consigne-se que a amplitude e abrangência não significa que os contratos *built to suit* devem ser longos, repetitivos e com cláusulas muitas vezes tidas por inúteis. A respeito da técnica de elaboração contratual, sugere-se o artigo de Kleber Zanchim, divulgado no informativo *Migalhas*. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI143924,51045-Clausulas+inuteis>. Acesso em 28 de dezembro de 2015.

¹⁹⁹ A respeito da incompletude contratual, cite-se: PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos*. Tese apresentada como requisito parcial ao Concurso de Livre-Docência do Departamento de Direito Privado e de Processo Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. 2013.

normas e princípios gerais fixados pelo Código Civil, em especial em matéria contratual²⁰⁰; e (iii) por fim, tratando de contrato atípico misto, quando insuficientes aqueles recursos, por intermédio da analogia²⁰¹, as normas reguladoras dos tipos contratuais que compõem aquela avença.

De todo modo, tal como visto anteriormente, a legislação não estabelece uma hierarquia das normas aplicáveis aos contratos atípicos. Até porque, como visto, não há critérios absolutamente seguros aptos a permitir um critério científico uniforme para todos os casos. Dependendo do contrato e da elasticidade de sua atipicidade, a hierarquia das fontes jurídicas pode ser distinta em cada caso.

Naturalmente que o contrato atípico é, antes de tudo, um contrato. Logo, submete-se aos princípios gerais dos contratos e às regras quanto à existência, à validade e à eficácia dos negócios jurídicos em geral.

O que nos parece, contudo, é que nos contratos atípicos, como visto anteriormente, as disposições contratuais firmadas pelas partes devem ganhar destaque de protagonismo na hierarquia das fontes jurídicas. Coadjuvante deve ser o papel da analogia das regras dos tipos que compõem o contrato atípico²⁰².

²⁰⁰ Para Orlando Gomes, os contratos atípicos subordinam-se às regras gerais do Direito Contratual, assim as que regem os pressupostos e requisitos essenciais à validade dos contratos como as que disciplinam as obrigações. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Cresenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 125).

²⁰¹ Analogia, segundo Francisco Amaral, consiste em aplicar a caso não previsto a norma concernente a uma hipótese prevista e, por isso mesmo, tipificada. (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 91). José Oliveira Ascensão assevera que por via da analogia buscam-se semelhanças entre preceitos, independentemente do sistema próprio da fonte em causa. (ASCENSÃO, José Oliveira. *O Direito. Introdução e teoria geral*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 446). Ainda a respeito da analogia, verificar PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos*. Tese apresentada como requisito parcial ao Concurso de Livre-Docência do Departamento de Direito Privado e de Processo Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. 2013.

²⁰² Destaque-se que esse entendimento nem sempre foi unânime. Julgado do STJ dos anos 90 sustentou que “os contratos atípicos devem ser apreciados não apenas pela disciplina legal dos contratos afins, mas: primeiro, pela analogia; segundo, de acordo com os princípios gerais do direito obrigacional e contratual; terceiro, pela livre apreciação do juiz”. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 5.680/SC, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13 de novembro de 1990). O julgado merece crítica. Sequer menciona como regra aplicável as disposições contratuais firmadas entre as partes, desprestigiando o princípio da autonomia privada, tão caro nos contratos atípicos. Além disso, inverteu por completo a hierarquia das fontes dos contratos atípicos. Não se pode admitir que a disciplina legal dos tipos que compõem o contrato atípico seja apreciada à frente das disposições contratuais.

Segundo Pedro Pais de Vasconcelos²⁰³, a importância relativa da estipulação é inversa nos contratos típicos e atípicos. Nos típicos, a declaração negocial serve para completar ou para alterar o modelo regulativo típico; nos atípicos, serve para constituir o próprio modelo regulativo. Nesse sentido, a estipulação, nos contratos típicos, tem um papel relativamente secundário na formação do conteúdo contratual, enquanto nos contratos atípicos tem um papel principal.

Álvaro Villaça de Azevedo²⁰⁴, ressaltando a importância das disposições contratuais nos contratos atípicos, foi além. Segundo ele, sequer poderiam ser utilizadas, nos contratos atípicos, ainda que por analogia, as normas que regulam especificamente os contratos típicos, mesmo que figurem, parcialmente, nas contratações atípicas mistas.

Giselda Hironaka²⁰⁵ afirma que tentar impor aos contratos atípicos a aplicação analógica dos preceitos legais estipulados para um modelo contratual típico, significará o mesmo que tentar lhes vestir uma roupa larga demais ou estreita demais – não importa –, mas sempre inconveniente e perigosa.

Veja-se, portanto, que para os contratos atípicos (e conseqüentemente aos contratos *built to suit*), as disposições contratuais possuem relevante papel como fonte normativa. Verificadas as fontes jurídicas e respectiva hierarquia aos contratos atípicos, analisemos, agora, a disciplina jurídica dos contratos *built to suit*.

²⁰³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 380.

²⁰⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 202.

²⁰⁵ HIRONAKA, Giselda. *Contratos atípicos e contratos coligados: características fundamentais e dissemelhanças*. *Revista virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil*. São Paulo, 1999.

2) Disciplina jurídica aplicável aos contratos *built to suit*

Firmadas tais premissas, quais fontes são aplicáveis aos contratos *built to suit* e qual a hierarquia de normas a serem aplicadas, a considerar a atipicidade desse contrato?

Antes de avançarmos, necessária uma reflexão. Isso porque, como visto anteriormente, embora atípico, o contrato *built to suit* possui, de certa forma, previsão trazida pela Lei 12.744/2012, que alterou o art. 4º, e incluiu o art. 54-A, à Lei 8.245/91.

Para a compreensão da questão, necessário a comparação do *built to suit* com os contratos de utilização de espaços em *shopping centers* que, embora atípicos, também estão previstos na Lei do Inquilinato.

Ao incluir os contratos de *shopping center* no bojo da Lei do Inquilinato, o legislador criou uma situação inusitada. Fosse entendido o contrato como típico, em primeiro lugar, deveriam prevalecer as regras da Lei do Inquilinato. Mas a leitura do art. 54 determina que nas “relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação”.

Embora o contrato de *shopping center* tenha sido inserido na Lei do Inquilinato e embora haja referência expressa, no art. 54, dessa modalidade contratual como contrato de “locação”, ainda assim, resolveu o legislador ressaltar que “prevalecerão as condições livremente pactuadas” entre as partes. Segundo o legislador, trata-se de um contrato típico de locação, mas que as partes podem fugir das regras de direito material da Lei 8.245/91, porque prevalecem as condições contratuais estabelecidas pelas partes.

Assim, se num primeiro movimento, o legislador, ao inserir referido contrato na Lei do Inquilinato e nomeá-lo como contrato de “locação”, tenha indicado tender para a tipicidade do contrato, o que resultaria na aplicação da Lei em detrimento às disposições contratuais, num segundo movimento, garante a prevalência das disposições contratuais perante a lei.

Ao regular o contrato de *shopping center* na Lei do Inquilinato, o legislador qualificou-o como um contrato de locação, mas, no tocante à disciplina jurídica resolveu se

valer das regras dos contratos atípicos, ressalvando que prevalecem as regras contratuais. Mas, embora prevaleçam as regras contratuais, ainda assim, o legislador preferiu determinar que prevalecem, também, “as disposições *procedimentais* previstas nesta lei”, quais sejam, as ações de despejo, consignação de aluguel, revisional e renovatória.

Da mesma forma, o legislador determinou, nos § 1º e 2º, do art. 54, que o empreendedor não poderá cobrar do lojista determinados valores, decorrentes de despesas referentes a obras de reformas do shopping, pintura das fachadas, indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação.

O legislador, como se verifica, ressalta que as regras contratuais é que devem prevalecer, mas, posteriormente, limita a vontade das partes, não autorizando os contratantes, por exemplo, renunciarem ao direito de ação renovatória ou revisional de aluguéis, bem como proibindo o gestor de realizar cobrança de determinados valores do lojista. Embora seja um contrato atípico, a liberdade desse de contrato, portanto, é limitada. Quanta confusão.

Em nossa opinião, sendo um contrato atípico, não haveria necessidade de tentativa de previsão desse negócio jurídico na Lei do Inquilinato. Como bem ressaltado por Silvio de Salvo Venosa²⁰⁶, não se pode transplantar pura e simplesmente os clássicos princípios do microsistema da Lei do Inquilinato para esta modalidade de contrato.

O operador poderá ter dificuldades, assim, para saber em quais momentos prevalecem as condições contratuais e em quais momentos devem prevalecer as disposições da Lei do Inquilinato.

A dificuldade de aplicação das regras nos contratos de *shopping center* foi analisada por Custódio da Piedade Ubaldino Miranda²⁰⁷, ao afirmar que as disposições que não sejam procedimentais, ou seja, as de direito processual, mas sejam-no de natureza substantiva, isto

²⁰⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática*. 8ª ed. 3ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006. p. 256.

²⁰⁷ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Locação de imóveis urbanos: Comentários à Lei 8.245/1991*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998. p.144.

é, de direito material, não prevalecem, em regra, sobre o que tiver sido livremente pactuado, precisamente porque a lei as encara como supletivas, na medida em que só são chamadas a intervir na falta de regulamentação contratual. E isto até onde sejam aplicáveis às locações específicas das unidades comerciais ou lojas em *shopping centers*.

Correto o entendimento de Custódio Miranda. Todavia, não se pode deixar de manifestar a incrível confusão criada pelo legislador, que ora confere liberdade contratual, ora resolve intervir na avença. Melhor teria sido caso o legislador resolvesse simplesmente deixar de incluir esse negócio jurídico na Lei do Inquilinato. Essa teratologia legislativa trouxe, ao longo dos anos, problemas de implicações práticas, não apenas na classificação do contrato (típico ou atípico), mas, também no regime da disciplina jurídica.

A previsão de tal contrato na Lei do Inquilinato resultou em um número expressivo de demandas intentadas, na maioria das vezes, pelos lojistas. Em tais demandas, os lojistas procuram relevar as condições contratuais para um segundo plano, buscando configurar o contrato de *shopping center* como um contrato típico de locação comercial e fazer prevalecer as normas de direito material da Lei do Inquilinato, em detrimento às condições contratuais.

Ocorre que os julgados, na sua maioria, atentos a tais problemas, têm declarado a atipicidade de tal contrato e, portanto, a prevalência das disposições contratuais²⁰⁸.

²⁰⁸ “LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTER– EMBARGOS À EXECUÇÃO - VALOR COBRADO A TÍTULO DE LUVAS DA LOCATÁRIA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – APELO DOS EMBARGANTES – RECURSO NÃO PROVIDO. É válido e exequível o contrato de coparticipação para utilização de área em Shopping Center (res sperata) quando atender aos requisitos dos contratos em geral, quais sejam, capacidade das partes, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, havendo que se dar plena eficácia às cláusulas contratadas em respeito ao disposto nos arts. 131 e 135 do CC e à máxima *pacta sunt servanda* (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 1001369-27.2015.8.26.0506, Rel. Paulo Ayrosa, j. 15 de dezembro de 2015). No mesmo sentido: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALUGUEL PROVISÓRIO. Locação em “Shopping Center” que se rege por norma especial da Lei do Inquilinato (LI), dando ênfase à liberdade de pactuação dos alugueis entre as partes. Impossibilidade de redução do percentual fixado no contrato, pois não se pode garantir que o valor final do aluguel provisório obedeceria o percentual mínimo demandado na LI, de 80% do valor atual do aluguel. Valor percentual que demanda prova pericial para sua fixação, já determinada pelo MM. Juízo ‘a quo’. Pagamento do valor atual a título de aluguel provisório que não causará prejuízos à Agravante, levando em consideração o quanto previsto no art. 69, “caput”, da LI. RECURSO DA AUTORA NÃO PROVIDO”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento nº 2053148-67.2015.8.26.0000, j. 10 de novembro de 2015). “SHOPPING CENTER. CONTRATO ATÍPICO REGIDO NOS TERMOS DA LEI 8.245/91. Contrato livremente pactuado. Adesão da locatária aos termos contratos de livre e espontânea vontade. Ausência de comprovação de vício de consentimento ou que tenha sido levada a erro no ato da contratação. Filiação automática à associação dos lojistas. Ausência de abusividade. Valores cobrados previstos contratualmente e com fundamento legal no art. 54 da lei 8.245/91. Possibilidade de fixação de aluguel sobre o faturamento bruto da loja, além do aluguel mínimo. “despesas comuns” que devem ser rateadas pelo proprietário do empreendimento e lojistas”. (Tribunal de Justiça do Paraná, Acórdão nº 1373595-4, Rel. Sigurd Roberto Bengtsson, j. 24 de novembro de 2015). “Ante a atipicidade do contrato de

Veja-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reafirmando a prevalência da liberdade contratual, foi além. Embora a Lei determine que, nos contratos de *shopping center*, prevalecem as disposições *procedimentais* da Lei 8.245/91, a jurisprudência já admitiu que “a renúncia parcial ao direito de revisão é compatível com a legislação pertinente, os princípios e as particularidades aplicáveis à complexa modalidade de locação de espaço em shopping center”²⁰⁹.

Verifique, portanto, que a confusão criada pelo legislador trouxe problemas de ordem prática, que mesmo após muitos anos da edição da Lei do Inquilinato, ainda não encontrou a pacificação que se esperava.

Pior é verificar que, embora seja intitulado na Lei do Inquilinato como contrato de locação e previsto no art. 54, da mesma lei, de forma majoritária, o contrato seja classificado pela doutrina como um contrato atípico, como de fato o é.

Realizada tal reflexão, cabe, então, a análise dos contratos *built to suit*.

Mesmo diante dos problemas acima relatados, mais de vinte anos depois, o legislador incorre no mesmo erro. Ainda que seja considerado um contrato atípico, o legislador

utilização de unidade em centros comerciais a Lei de Inquilinato (Lei 8245/91) estabelece, nos artigos 54 e 52 §2º, normas específicas a serem respeitadas entre lojista e empreendedores, proclamando que as relações entre eles devem ater-se as condições livremente pactuadas”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0064993-56.2012.8.26.0576, Rel. Clóvis Castelo, j. 9 de junho de 2014). Da mesma forma: “Observa-se dos autos que as partes avençaram contrato de locação de espaço para uso comercial em Shopping Center, contrato esse que, como se sabe, tem natureza atípica, já que agrega componentes diversos dos usuais no ramo comercial [...] Desta feita, a autora, ao subscrever o contrato, assumiu a sua parcela de risco no negócio, já que tinha pleno conhecimento das normas gerais e especiais que regem a locação dos espaços em Shopping Centers, as quais aderiu e consentiu, a teor do preâmbulo do referido contrato de locação, devendo-se respeitar os termos avençados, sob pena de afronta ao princípio da *pacta sunt servanda*”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0016977-10.2004.8.26.0008, Rel. Carlos Nunes, j. 19 de março de 2012). “SHOPPING CENTER - Ação declaratória de nulidade de cláusulas – Requerimento de anulação de cláusula contratual que estabelece ser a locação por prazo indeterminado desde o seu início, podendo ser rescindido a qualquer momento, mediante notificação com prazo de 30 dias, além da cláusula de renúncia da indenização proveniente das benfeitorias realizadas no local - Pleito de anulação das cláusulas contratadas que não merece guarida, posto que a locação em shopping center é pactuada através de contrato atípico, onde prevalecem as condições livremente avençadas entre lojistas e empreendedores – Lei do Inquilinato que possui aplicação subsidiária – Art. 57 da Lei 8.245/91 que dispõe que o contrato de locação por prazo indeterminado pode ser denunciado por escrito, pelo locador, desde que concedidos ao locatário trinta dias para a desocupação mediante notificação – Validade das cláusulas contratuais avençadas – Ausentes requisitos aptos a ensejar a condenação por danos materiais e morais pretendida - Recurso de apelação da requerida provido, para o fim de reformar a r. sentença, julgando a ação improcedente, restando prejudicado o adesivo dos autores”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0210302-18.2011.8.26.0100, Rel. Carlos Nunes, j. 8 de setembro de 2015).

²⁰⁹ Superior Tribunal de Justiça, REsp 1413818/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 21/10/2014).

resolveu incluir *built to suit* na Lei 8.245/91, no *caput* do art. 54-A, em redação muito próxima à do art. 54. Atente-se, ainda, que as partes são qualificadas, no art. 54-A, como “locador” e “locatário”²¹⁰. Além disso, o art. 54-A assevera que “prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei”, redação idêntica à do art. 54.

Otávio Luiz Rodrigues Junior²¹¹, criticando a postura do legislador brasileiro, assevera que em vez de se seguir o modelo alemão de resolução dessas assimetrias por meio da introdução no Código Civil de regimes duais, especialmente após a Lei de Modernização do Direito das Obrigações de 2002, o Brasil tomou o rumo de criar microssistemas (conceito extremamente difícil, por não haver uniformidade doutrinária a respeito) ou, para ser menos plurívoco, de se criarem regimes normativos diferenciados. É o caso do Direito do Consumidor, do Direito do Idoso, do Direito da Infância e da Adolescência ou do Direito do Trabalho, sendo que, em alguns desses exemplos, é até mesmo difícil reconhecer-lhes um estatuto epistemológico autônomo.

Ainda segundo Rodrigues Junior, a natureza protetiva de diversas normas da locação predial urbana é saliente na Lei do Inquilinato, em suas diferentes versões históricas. São exemplos disso as regras específicas sobre termos contratuais, com hipóteses restritivas da rescisão pura e simples, bem assim o complexo sistema de revisão dos aluguéis²¹². Por se reconhecer essa nítida função de equilibrar posições jurídicas desiguais, a própria lei excluiu de sua incidência as locações de imóveis públicos, de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos, de espaços destinados à publicidade, de apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados, bem como o arrendamento mercantil (artigo 1º, parágrafo único, Lei 8.245/91).

²¹⁰ Segundo Maria Costanza, nem sempre o nome conferido pelo legislador ou pelos contratantes implica na correta qualificação jurídica do contrato. (COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè Editore, 1981. p. 177).

²¹¹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Análise comparativista dos contratos built to suit*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-10/direito-comparado-analise-comparativista-contratos-built-to-suit>. Acesso em 4 de julho de 2015.

²¹² Além disso, dentre as normas protetivas ao inquilino, na Lei 8.245/91, cite-se: (a) a imposição da redução da multa rescisória proporcionalmente ao cumprimento do contrato – art. 4º; (b) vedação à cobrança antecipada dos alugueis – art. 20; (c) nulidade de exigência de dupla garantia – art. 37, § único; (d) nulidade de imposição de obrigação pecuniária para a renovação do contrato, quando a lei permite – art. 45; (e) impossibilidade de retomada imotivada dos imóveis utilizados por hospitais, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino – art. 53, dentre outras.

Assim, arremata o autor que os contratos na modalidade *built to suit*, por sua destinação para agentes econômicos privilegiados, não deveriam ter sido incluídos em uma norma com as características da Lei do Inquilinato. Problemas relativos à interpretação desse novo tipo contratual, nomeadamente os conectados com a conciliação dos princípios de proteção ao inquilino, evidenciar-se-ão nos pontos mais sensíveis para os interessados nessa forma de contratar.

Segundo Gabriela Wallau Rodrigues²¹³, poderia o legislador brasileiro ter-se valido da mesma técnica adotada em relação ao contrato de arrendamento mercantil, por exemplo, prevendo sua expressa insubordinação às limitações da Lei 8.245/91, conforme rol excludente do seu art. 1º. Essa era, inclusive, a ideia original do legislador: afastar a incidência da Lei do Inquilinato aos contratos *built to suit*.

De fato. As características do contrato *built to suit*, sobretudo do objeto do contrato envolvido, do seu caráter empresarial, das partes envolvidas e das prestações a que as partes se encontram vinculadas, mostra-se absolutamente distinta dos princípios e fundamentos que originaram a Lei do Inquilinato.

A Lei do Inquilinato, segundo Gabriela Wallau Rodrigues²¹⁴, foi editada no início da década de 1990, quando se tinha alto grau de instabilidade e insegurança deflagradas pela inflação galopante e planos até então traçados de forma frustrada na tentativa de estabilizar a economia brasileira. Tudo isso, segundo Gabriela Rodrigues, contribuiu para a criação de um texto legal que visava proteger os interesses das partes – especialmente do locatário – através de normas de ordem pública e caráter cogente acerca de prazos, condições, garantias e hipóteses de extinção contratual que não poderiam (e até hoje não podem) ser modificadas ainda que pela livre vontade das partes.

Mesmo diante (i) dos problemas anteriormente advindos da tentativa de regulamentação dos contratos de *shopping center* no art. 54, da Lei do Inquilinato e (ii) do

²¹³ RODRIGUES, Gabriela Wallau. A incompatibilidade sistemática entre o contrato *built to suit* e a Lei de Locações. *Revista Direito & Justiça* (publicação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul). v. 41, n. 2. Julho-dezembro de 2015. p. 179.

²¹⁴ RODRIGUES, Gabriela Wallau. A incompatibilidade sistemática entre o contrato *built to suit* e a Lei de Locações. *Revista Direito & Justiça* (publicação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul). v. 41, n. 2. Julho-dezembro de 2015. p. 177.

caráter eminentemente protetivo ao inquilino, ainda assim, resolveu o legislador incluir o contrato *built to suit* no texto da Lei do Inquilinato.

Novamente temos um contrato atípico, onde o legislador parece prestigiar a autonomia privada, mas resolve intervir em alguns pontos. Essa a confusão legislativa atual.

Mas sendo essa a opção do legislador, tendo em vista o quanto determina o art. 54-A, da Lei 8.245/91, nos contratos *built to suit*, como fontes reguladoras, temos:

- (i) A Lei 12.744/2012, que alterou o artigo 4º e inseriu o art. 54-A, na Lei 8.245/91, a cujos limites estarão adstritas as partes, inclusive nas *disposições procedimentais* da Lei (à exceção da ação revisional que as partes poderão renunciar).
- (ii) “as condições livremente pactuadas no contrato respectivo” (art. 54-A);
- (iii) as normas e princípios estabelecidos no Código Civil para a generalidade dos contratos;
- (iv) usos e costumes da operação econômica dos contratos *built to suit* e
- (v) por fim, valendo-nos de uma aplicação analógica, (a) as demais disposições da Lei 8.245/91; (b) as disposições do contrato de empreitada no Código Civil (artigos 610 a 626) e (c) as disposições do contrato de compra e venda no Código Civil (artigos 481 a 504) e (d) as disposições do contrato de locação previsto no Código Civil (artigos 565 a 578).

Essas as fontes jurídicas dos contratos *built to suit*. A dificuldade é descobrir a hierarquia de tais fontes. Para tanto, além dos critérios anteriormente estudados, algumas teorias utilizadas pela doutrina para classificar a hierarquia das normas dos contratos atípicos podem auxiliar.

Segundo Pontes de Miranda²¹⁵, na *teoria da absorção*, o tipo principal do negócio jurídico absorve os outros e a ele, pois impõe as suas regras jurídicas^{216 217}. Orlando Gomes²¹⁸, da mesma forma, ensina que de acordo com essa teoria, o elemento principal atrairia, para a sua órbita, os elementos secundários, sujeitando-os às regras que a ele são aplicáveis.

É o caso, por exemplo, do que determina o art. 1028º, n. 3, do Código Civil português. Segundo o dispositivo, localizado no capítulo que trata a respeito da locação, “se, porém, um dos fins for principal e os outros subordinados, prevalecerá o regime correspondente ao fim principal; os outros regimes só serão aplicáveis na medida em que não contrariem o primeiro e a aplicação deles se não mostre incompatível com o fim principal”.

Por outro lado, pela *teoria da combinação* incidem regras jurídicas dos dois tipos, sem se pensar em absorção ou analogia²¹⁹. Isso porque, segundo Pedro Paes de Vasconcelos²²⁰, nem sempre é possível determinar o elemento principal do contrato, ou seja, nem sempre existe um tipo claramente dominante²²¹.

A *teoria da aplicação analógica*, por sua vez, segundo Antunes Varela²²², defende que ao juiz, de harmonia com os princípios válidos para o preenchimento das lacunas dos contratos, compete fixar o regime próprio de cada espécie. A teoria recorre a soluções *ex aequo et bono*.

²¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral – Negócios jurídicos*. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. Tomo 3. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 183.

²¹⁶ Para Pedro Pais de Vasconcelos, a teoria da absorção consiste em concentrar no tipo dominante a disciplina do contrato e tratar o remanescente, a parte do contrato que não corresponde àquele tipo dominante, como cláusulas acessórias. (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 234).

²¹⁷ Exemplificando a aplicação da teoria da absorção, Antunes Varela nos ensina que na revogada Lei Portuguesa nº 2114, se mandava aplicar aos contratos mistos de arrendamento rural as normas próprias de cada um deles; quando, porém, não fosse possível, funcionaria o regime do negócio jurídico que, dados os termos do contrato, devessem considerar-se *predominante*. (VARELA, Antunes. *Obrigações em geral*. v. I. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 288).

²¹⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Cresenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 124.

²¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral – Negócios jurídicos*. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. Tomo 3. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 184.

²²⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 236.

²²¹ Como ressaltado por Orlando Gomes, a teoria da absorção possui por equívoco supor que em todo contrato misto há predominância de um elemento. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Cresenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 124).

²²² VARELA, Antunes. *Obrigações em geral*. v. I. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 290 e 291.

Por fim, a *teoria da criação* defende que na ausência de um tipo de referência, quando a analogia não seja possível, será necessário recorrer à criação de uma solução concreta, por meio da interpretação integradora, com base nos princípios e cláusulas gerais²²³.

Não há uma prevalência entre a doutrina da aplicação de uma ou outra teoria. Na realidade, a doutrina, de um modo geral, critica a utilização de uma dessas teorias como solução universal.

Orlando Gomes²²⁴ pondera que a aplicação da teoria da combinação, como regra de interpretação nos contratos atípicos, merece crítica. Isso porque, segundo o autor, incorre-se em equívoco quando se supõe que uma disposição legal concerne à determinada prestação de um contrato e a encara isoladamente, pois o esquema legal tem como pressuposto a unidade do conteúdo do contrato. Nesses termos, o isolamento dos elementos particulares de um contrato e dos respectivos efeitos jurídicos não pode ser feito sem prejuízo de sua estrutura²²⁵.

Rodrigo Xavier Leonardo²²⁶ é outro crítico das referidas teorias. Como crítica à *teoria da absorção*, assevera a dificuldade de encontrar, em um contrato misto, qual é a prestação dotada do qualificativo predominante. Além disso, Xavier Leonardo sustenta que a maior deficiência da teoria da absorção estaria na imantização do contrato misto ao regramento de um contrato típico. Massimo Bianca²²⁷ afirma que se existirem vários interesses principais que se fundem em uma causa unitária, a aplicação da teoria da absorção se mostra evidentemente arbitrária.

Já a *teoria da combinação*, ainda segundo Xavier Leonardo²²⁸, padece de um defeito de princípio, qual seja, pretender decompor uma realidade negocial cuja essência se

²²³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 243.

²²⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Cresenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 124.

²²⁵ Antunes Varela também adverte que o intérprete não deve enfeudar-se a nenhuma dessas teorias para não correr o risco de cair em puro conceitualismo lógico-formal, que significa a inversão da ordem real dos valores servidos pelo direito. (VARELA, Antunes. *Obrigações em geral*. v. I. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 290)

²²⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 108.

²²⁷ MASSIMO BIANCA, Cesare. *Diritto Civile: Il Contratto*. Milão: Giuffrè Editore, 1984. p. 453.

²²⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 113.

encontra, precisamente, na conjugação incidível. Parte-se da equivocada noção, portanto, de que o contrato seria apenas a compactação de partes que poderiam ser separadas ao gosto do julgador. Em resumo: o isolamento de elementos particulares de um contrato e dos respectivos efeitos jurídicos não pode ser feito sem prejuízo de sua estrutura.

Embora o autor²²⁹ entenda que a *teoria da aplicação analógica* possua avanços entre as teorias da absorção e da combinação, aquela também merece críticas porque se encontra vinculada a uma concepção fechada do sistema jurídico, segundo a qual, mesmo existindo lacunas no ordenamento, estas deveriam ser colmatadas dentro do próprio ordenamento, por intermédio da analogia. Assim, a teoria da aplicação analógica foge dos tipos dos contratos misturados para se encontrar em soluções abstratas, muito distantes do negócio entabulado pelas partes²³⁰.

No tocante à *teoria da criação*, Rodrigo Xavier Leonardo²³¹ afirma que a criação do regramento para o contrato misto não se pode fixar apenas na estrutura negocial diferenciada. Mais do que uma estrutura formada a partir da junção de contratos típicos, não se pode perder de vista que todo o contrato misto é constituído para alcançar um objetivo, para funcionalizar um negócio, que não se encontra entre os negócios tipificados legalmente.

Enfim. Assim como boa parte da doutrina, também somos críticos às teorias acima apresentadas, porque nenhuma delas se apresenta como uma fórmula segura e absolutamente suficiente para reger a disciplina jurídica dos contratos atípicos mistos.

Araken de Assis²³² afirma que a respeito das teorias ora aduzidas, nenhuma delas conduz a resultados universalmente satisfatórios. Às vezes mostrar-se-á tarefa árdua, senão impossível, identificar o elemento principal; noutras hipóteses, a variedade de regimes provocará contradições insuperáveis, pois um tipo contratual só pode ser encarado como a

²²⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 117.

²³⁰ A teoria da aplicação analógica teria, segundo Rodrigo Xavier Leonardo, respaldo na regra hermenêutica disposta no art. 4º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto Lei 4.657/1942): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

²³¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 118.

²³² ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Do Direito das Obrigações*. v. 5. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 131.

soma orgânica de elementos, cujo deslocamento individual e aplicação isolada não têm sentido.

Para Orlando Gomes²³³, a melhor medida de interpretação dos contratos atípicos mistos implica uma solução eclética, empregando os métodos da combinação, da absorção ou da aplicação analógica.

É por isso que Rodrigo Xavier Leonardo²³⁴ defende que a base epistemológica para a análise dos contratos mistos deve se iniciar no negócio, alcançar o contrato e, do contrato, passar para o ordenamento jurídico, evitando-se, desse modo, fórmulas abstratas e prestigiando outros critérios.

Antonio Junqueira de Azevedo²³⁵ afirma que, nos contratos atípicos, não parece lógico parcelar os diversos contratos encadeados e interpretar cada um como um compartimento estanque. Segundo o autor, é preciso que o juiz, para bem decidir uma questão, na hipótese de contrato atípico composto de vários contratos, tome sempre a *causa final* como ponto de referência.

A princípio, a considerar que as prestações do contrato *built to suit* podem ser identificadas e a considerar que não há um tipo preponderante, poderíamos afirmar que a melhor teoria a ser aplicável seria a teoria da combinação, o que implicaria no afastamento da teoria da absorção²³⁶. Pedro Paes de Vasconcelos²³⁷ também concorda que, tratando-se de contratos de tipo múltiplo, a teoria que melhor se aproveita é a teoria da combinação.

²³³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Cresenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 125.

²³⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 119.

²³⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A liberdade de contrato. *Contratos típicos e atípicos*. *Revista do advogado*. nº 8. Ano II. Janeiro a março de 1982. p. 16.

²³⁶ Até porque, segundo Maria Helena Brito, na teoria da absorção, procede-se à escolha da obrigação “principal e determinante do tipo”, encarando-se todas as outras como “instrumentais e preparatórias” daquela primeira obrigação ou como prestações acessórias. Como ressaltado anteriormente, as prestações da empreitada e, possivelmente, da compra e venda, não podem ser consideradas prestações de menor importância, razão pela qual nos contratos *built to suit*, a referida teoria não se sustenta na busca pela aplicação da lei. (BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial: descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 157).

²³⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 246.

Todavia, essa teoria também não se mostra absolutamente segura para disciplinar o regramento jurídico do contrato *built to suit*. Não nos parece que o intérprete deve fiar-se, totalmente, na aplicação de referidas teorias. Para nós, considerando que o *built to suit* não possui tipos preponderantes, bem como verificando que se trata de negócio jurídico complexo, não sendo suficiente a aplicação da Lei 12.744/2012 e as disposições contratuais, o intérprete deve se valer dos princípios e regras gerais dos contratos. Caso, ainda assim, seja necessária aplicação de outras fontes, somente nesse caso devem ser aplicadas, pela analogia, as regras dos tipos contratuais que compõem o *built to suit*.

Ressaltando a preponderância das disposições contratuais, Cristiano Souza Zanetti afirma que a aplicação das regras que compõem os tipos do *built to suit* só se faz necessária caso isso seja essencial para garantir o cumprimento da finalidade que justifica a especialidade da respectiva disciplina²³⁸.

Francisco Godoy Bueno²³⁹, assevera que na medida em que se verifique o distanciamento das causas típicas previstas nos contratos regulados por lei, não serão, em princípio, aplicáveis aos contratos atípicos as previsões dos regulamentos típicos, legalmente estabelecidos, devendo o contrato ser regulamentado integralmente pela vontade das partes. A analogia, segundo o autor, só se mostra necessária nos contratos atípicos para a integração contratual, quando o regulamento contratual foi dúbio ou silente sobre determinada consequência jurídica da relação das partes.

Rodrigo Xavier Leonardo²⁴⁰ assevera que a tentativa de centralizar o regramento do contrato misto no destaque de uma prestação prevalente pode, facilmente, implicar um resultado diverso daquele pretendido pelas partes ou mesmo diverso daquele objetivamente plasmado no negócio.

²³⁸ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Build to Suit – Qualificação e Consequências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; e ALMEIDA PRADO, Maurício (org.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 121.

²³⁹ BUENO, Francisco Godoy. Regime jurídico dos contratos atípicos no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 6. ano 3. jan-mar. 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 65.

²⁴⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 109.

No tocante ao *built to suit*, em outro texto, Rodrigo Xavier Leonardo²⁴¹ assevera que a aplicação da teoria da absorção pode gerar gravíssimas distorções, mormente pela tentativa de centralizar a locação como contrato principal que absorveria os demais contratos. Segundo o autor, deve-se opor qualquer tentativa de absorção desse contrato ao tipo da locação, sobretudo pelo fato de o legislador ter afastado o regime de direito material das locações ao contrato *atípico*.

Essa opinião também é compartilhada por Luiz Augusto Haddad Figueiredo²⁴². Para o autor, a considerar a atipicidade do contrato, as partes deverão se valer dos regramentos gerais de direito e não aos de um ou mais tipos contratuais específicos. Defendendo que o *built to suit* deve ser orientado pela disciplina contratual geral do Código Civil, Figueiredo afirma que a interpretação analógica poderá ser utilizada, mas sempre à luz da expectativa econômica deste contrato e das causas que o sustentam²⁴³.

Consideramos, portanto, inexistir um critério científico seguro o suficiente para disciplinar, em todos os casos, a hierarquia de fontes jurídicas dos contratos atípicos e, consequentemente, do contrato *built to suit*.

Isso não significa, como visto, que haja uma absoluta e completa confusão sobre o regime jurídico aplicável. Como principal norte, o intérprete deve observar com destaque as disposições contratuais firmadas pelas partes. Nossa opinião é que não sendo ultrapassados os limites da Lei 12.744/2012, devem prevalecer as condições contratuais estabelecidas pelas partes. A aplicação das demais regras de direito material da Lei 8.245/91, da empreitada e compra e venda são aplicáveis de forma subsidiária^{244 245}.

²⁴¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato *built to suit*. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016, p. 436.

²⁴² FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. *Built to suit*. *Revista de Direito Imobiliário*. Ano 35, nº 72, janeiro – junho 2012. p. 174.

²⁴³ Em posição aproximada, Fernanda Henneberg Benemond sustenta que as normas legais relativas à empreitada e locação de imóveis devem ser aplicadas, nos contratos *built to suit*, “com ressalvas”, mas sempre considerando a autonomia da vontade das partes, boa-fé contratual, função social do contrato e a manutenção do equilíbrio econômico financeiro da operação. (BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos Built to Suit*. São Paulo: Almedina, 2013. p. 110).

²⁴⁴ Paula Miralles de Araujo também entende que as disposições de direito material da Lei do Inquilinato serão aplicáveis caso as partes não tenham estabelecido disposição contrária no contrato, as quais deverão prevalecer. Todavia, não se perca de vista que embora argumente dessa forma, a autora defende a tipicidade do contrato *built to suit*. (ARAUJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2014. p. 121).

²⁴⁵ Nesses termos, mas tratando a respeito do contrato de utilização de espaço em shopping center, cite-se julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que assevera que a aplicação da Lei do Inquilinato é subsidiária:

Ademais, como bem observou Rodrigo Xavier Leonardo²⁴⁶, quando o intérprete realizar a apuração do regime jurídico e normas a disciplinarem o contrato *built to suit*, há necessidade de uma investigação minudente da *operação econômica* perseguida pelos contratantes e destacando-se alguns critérios a que o intérprete deve se atentar. Cita o autor:

- a) a relação paritária ou desigual entre os contratantes, antes e posteriormente à conclusão do contrato;
- b) as negociações e as despesas anteriores à conclusão do contrato;
- c) a relação econômica entre as prestações atribuídas a um contratante e a contraprestação atribuída ao outro contratante (nexo econômico);
- d) a finalidade de uma prestação em relação à contraprestação (nexo teleológico);
- e) a relevância do tempo da relação jurídica contratual para a satisfação dos interesses dos contratantes e a relação temporal entre as prestações;
- f) os riscos e os benefícios proporcionados pelo contrato;
- g) as expectativas legitimamente geradas aos contratantes;
- h) o contexto da operação econômica desenhadas pelos contratantes nas práticas de mercado similares.

De fato, com fundamento nos artigos 112²⁴⁷ e 113²⁴⁸, ambos do Código Civil, porque o contrato *built to suit* é um contrato atípico misto, em que prevalecem as disposições contratuais, antes de o intérprete aplicar regras de um tipo preestabelecido, porque entende, por exemplo, que determinada cláusula contratual fere direitos consagrado em outra legislação, deve se atentar à operação econômica e às negociações que envolveram aquele contrato²⁴⁹.

“LOCAÇÃO DE IMÓVEIS – SHOPPING CENTER – Ação ordinária anulatória – Requerimento de anulação das cláusulas condominiais que estabelecem quaisquer tipos de vantagens às denominadas “lojas âncoras” – Alegação de inexistência de registro da Convenção de Condomínio – Irrelevância – Pleito de anulação das cláusulas contratadas que não encontra guarida na legislação vigente, posto que a locação em shopping center é pactuada através de contrato atípico, onde prevalecem as condições livremente avençadas entre lojistas e empreendedores – Lei do Inquilinato que possui somente aplicação subsidiária – Recurso improvido, para manutenção da r. Sentença de Primeiro Grau”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação c/ revisão nº 751692-0/1, Rel. Carlos Nunes, j. 14 de novembro de 2006).

²⁴⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato *built to suit*. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016, p. 440.

²⁴⁷ “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

²⁴⁸ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

²⁴⁹ Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira, por sua vez, afirma que o *built to suit* orientar-se-á, não só pela disciplina contratual geral do Código Civil, mas também pela lei do inquilinato, no que for compatível com

A relevância das cláusulas contratuais e da autonomia privada é tamanha nos contratos *built to suit* que requer tratamento destacado.

sua causa concreta, com a *ratio* das normas típicas, considerando o sistema como um todo. (LEMOS PEREIRA, Paula Moura Francesconi. Controvérsias sobre o âmbito de aplicação da Lei do Inquilinato nos contratos *built to suit*. *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 5, jul-set. 2015. p. 108).

3) Da primazia das disposições contratuais nos contratos *built to suit*: o prestígio da autonomia privada

Conforme nos ensina Otavio Luiz Rodrigues Junior²⁵⁰, o termo autonomia resulta, etimologicamente, da conjunção de duas palavras gregas *autós* e *nomói*. De *autós*, tem-se a ideia de si mesmo, representando uma qualidade ou condição inerente e peculiar a um ser. E *nomói* corresponderia a norma ou regra. Autonomia, segundo o autor, contém a ideia de independência e liberdade.

Jorge Morais Carvalho²⁵¹ afirma que o conceito de autonomia privada não é unívoco. Para a biologia, autonomia é sinônimo de independência, no sentido de vida própria. A autonomia administrativa de um território consiste na capacidade dos seus habitantes se regerem pelas próprias leis. Para o direito, segundo o autor, autonomia tem sentido de liberdade geral de atuação das pessoas, praticando os atos e celebrando os negócios que entendam adequados. Corresponderia, ainda segundo Morais Carvalho²⁵², uma área de licitude, um espaço de liberdade, dentro do qual as pessoas ou certas categorias de pessoas dispõem da possibilidade de praticar os atos que entenderem.

E foi com fundamento na liberdade que o princípio da *autonomia da vontade* desenvolveu-se, sobretudo, influenciado pelo pensamento kantiano, que pregava a autodeterminação como fonte de justiça²⁵³.

O dirigismo contratual passou a ofuscar a ideia de *autonomia da vontade*. Além disso, ao final do século XX, início do século XXI, passou-se a entender que o princípio da autonomia da *vontade* seria substituído pela ideia de autonomia *privada*²⁵⁴.

²⁵⁰ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 11.

²⁵¹ CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 10.

²⁵² CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 13.

²⁵³ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 11.

²⁵⁴ Em decisão proferida no Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, restou assentado que “hoje está ultrapassada a concepção voluntarista do negócio jurídico [...] onde os efeitos do negócio estavam ligados a uma vontade psicologicamente concedida: vontade mero facto. A declaração negocial não é um simples meio de exteriorização de uma vontade, mas sim um meio de constituir vinculações jurídica: é uma declaração ou um comportamento de validade [...] uma entidade objetiva – significativamente jurídica”. (Superior Tribunal de Justiça de Portugal, Recurso de Revista nº 086020, Rel. Torres Paulo, v.u. j. 24 de outubro de 1995).

Nessa senda, Flavio Tartuce e Giselda Hironaka²⁵⁵ defendem que a vontade – *de per se* – perdeu o destaque que exercia no passado, relativamente à formação dos contratos e negócios jurídicos. Daí porque esses autores sustentam que o princípio da autonomia *privada* é conceituado como um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública, pelo qual, na formação dos contratos, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. A autonomia, portanto, não seria mais da vontade, mas da pessoa²⁵⁶.

Mesmo em virtude da superação do princípio da autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada, não se perca de vista a importância desse princípio no campo contratual privado, mesmo no século XXI.

Francisco Amaral²⁵⁷ define autonomia privada como o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. O campo de aplicação desse princípio é o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver.

Menezes Cordeiro²⁵⁸ assevera que, no direito, a autonomia privada possui dupla utilização. Em termos amplos, ela equivale ao espaço da liberdade reconhecido a cada um dentro da ordem jurídica: engloba tudo quanto as pessoas podem fazer, num prisma material ou num prisma jurídico. Em termos restritos, a autonomia privada corresponde ao espaço de liberdade jurígena, isso é, à área reservada na qual as pessoas podem desenvolver as atividades jurídicas que entenderem.

A *liberdade contratual* seria, portanto, segundo Morais Carvalho²⁵⁹, uma manifestação da autonomia privada. A doutrina²⁶⁰ costuma distinguir a *liberdade de*

²⁵⁵ HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flavio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flavio (coords.). *Direito Contratual. Temas Atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 48.

²⁵⁶ HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flavio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flavio (coords.). *Direito Contratual. Temas Atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 77.

²⁵⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 336.

²⁵⁸ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. 3ª ed. Parte Geral. v. I. Tomo I. Coimbra: Almedina, 20005. p. 391.

²⁵⁹ CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 17.

²⁶⁰ Nesse sentido: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A liberdade de contrato. Contratos típicos e atípicos. *Revista do advogado*. nº 8. Ano II. Janeiro a março de 1982. p. 10. José Fernando Simão, da mesma forma,

contratar, ou seja, a faculdade de realizar ou não determinado contrato da *liberdade contratual*, que é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato.

Nesses termos, o instrumento por excelência de realização da autonomia privada, portanto, é o contrato. Se há contrato, há liberdade de escolha. Com base na autonomia privada, o homem pode decidir o que contratar, como contratar e com quem contratar. A autonomia privada, como forma de liberdade das partes, foi muito defendida pelos juristas, principalmente nos séculos XVIII e XIX.

Ao Estado, por sua vez, reservava-se um espaço limitado no campo do direito contratual, com parcela mínima de interferência. No campo do Direito Privado, o Estado apenas poderia influir no contrato firmado entre particulares em questões de ordem pública e principalmente nas relativas às nulidades contratuais. Os particulares, portanto, tornavam-se legisladores quanto a seus próprios interesses.

O princípio da autonomia privada, lastreado na ideia de liberdade contratual, solidificava o princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*).

Não bastava que as partes tivessem a liberdade plena de contratar, caso houvesse interferência do Estado. Liberdade também significava que o Estado não poderia intervir nos termos estabelecidos e contratados pelas partes. A atuação estatal serviria para desequilibrar os interesses dos contratantes. Passava-se a ideia, portanto, de que se tratando de relações de direito privado, eram os particulares os melhores a tratar os seus interesses.

Mas os princípios da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos não passariam incólumes ao final do século XIX e, principalmente, XX. As mudanças econômicas e sociais, decorrentes da revolução industrial e tecnológica, com a passagem de

demonstra a imprecisão terminológica do dispositivo. Segundo ele, a liberdade de contratar é ilimitada eis que se refere ao direito de celebrar o contrato e é inerente a todo o ser humano, por força dos ditames constitucionais. Ainda segundo o autor, o que pode ser limitada é a liberdade contratual que, de acordo com as normas de ordem pública, será maior ou menor. Tal liberdade está condicionada à lei e por isso determinado contrato pode ser considerado nulo e não produzir os efeitos almejados pelas partes. Assim, arremata o autor, a função social atingiria a liberdade contratual (análise do objeto e conteúdo do contrato), mas não a inalienável liberdade de contratar. SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Contratos*. (série leituras jurídica: provas e concursos, v. 5). São Paulo: Atlas, 2010. p. 14.

uma economia agrícola e rural para uma industrial e urbana, causaram grandes alterações no sistema de direito privado.

A partir do surgimento dos contratos de adesão, bem como do vertiginoso crescimento econômico, o Estado passou a tutelar com maior intervenção os interesses dos particulares. Fragilizava-se, portanto, o Estado Liberal.

Nesses termos, a intervenção estatal na economia tornou-se necessária para a existência da ordem capitalista²⁶¹. Segundo Otavio Luiz Rodrigues Junior²⁶², a perspectiva de uma sociedade socialista, a necessidade de uma maior divisão de renda, a oferta de serviços básicos, como transporte, energia elétrica e água a um número inimaginável de pessoas, enfim, uma variegada ordem de fatores ensejou a intervenção do Estado na economia.

Ainda que seja necessária a intervenção estatal em determinados casos, limitando a liberdade das partes (por exemplo, no campo do direito dos consumidores), em outros, essa intervenção, ainda nesses tempos atuais, certamente trará prejuízos aos interesses econômicos das partes.

Como se vê, mesmo em tempos pós-modernos, a liberdade conferida às partes como forma de melhor tutelar os seus interesses ainda merece ser prestigiada. No campo contratual, portanto, a depender da relação jurídica travada entre as partes, bem como os contratantes envolvidos, não se faz necessário o dirigismo contratual, merecendo ser prestigiada a autonomia privada. É o caso de contrato estabelecendo obrigações recíprocas entre duas grandes empresas, a respeito de direitos exclusivamente patrimoniais²⁶³.

Desnecessária, portanto, como regra geral dos contratos empresariais, a intervenção do Estado para limitar os direitos ou intervir em tais relações. O princípio da autonomia

²⁶¹ Nesse sentido: GERCHMANN, Suzana Rahde; CATALAN, Marcos. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. *Revista de direito do consumidor*. Ano 22. n° 90. Novembro-dezembro 2013. p. 192-207.

²⁶² RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 27.

²⁶³ Nesse sentido, cite-se o enunciado n° 21, aprovado por ocasião da I Jornada de Direito Comercial, o qual indica que “nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais”.

privada e liberdade contratual, assim, no campo dos contratos empresariais é extremamente relevante.

Destaque-se, claro, que se tratando de *norma cogente*, os contratantes não podem dispor de forma diversa. As normas cogentes, segundo Francisco Amaral²⁶⁴, são as que se impõem de modo absoluto, não sendo possível a derrogação pelas partes. São imperativas (determinam uma ação) ou proibitivas (impõem uma abstenção). Regulam matéria de ordem pública e de bons costumes, entendendo-se como ordem pública o conjunto de normas que regulam os interesses fundamentais do Estado ou que estabelecem, no direito privado, as bases jurídicas da ordem econômica ou social.

Consagrada no art. 421, do Código Civil, a liberdade contratual merece prestígio no campo contratual e certamente é princípio relevante no âmbito dos contratos *built to suit*.

Nesse tipo de contratação, com fundamento na autonomia privada, os contratantes podem dispor a respeito de seus interesses derogando *normas não cogentes* e determinando seus próprios interesses.

Considerando as partes contratantes, o direito patrimonial disponível envolvido e o princípio da autonomia privada, as obrigações contratuais estabelecidas em contrato devem ser respeitadas. E esse respeito é a base da livre iniciativa. Destaque-se, também, que a livre iniciativa é tida em alta conta, a ponto de seu valor social figurar como um dos fundamentos da República, nos termos do art. 1º, inc. IV, da Constituição Federal.

A livre iniciativa, como bem ressalta Fernando Rodrigues Martins²⁶⁵, significa liberdade do empreendedor em face do Estado, garantindo a esse particular o exercício da atividade desejada sem que haja a resistência estatal.

Nesses termos, valendo-se da livre iniciativa, do princípio da autonomia privada e da liberdade contratual, que garante às partes a possibilidade de criar, modificar e extinguir relações jurídicas obrigacionais, o contrato *built to suit* merece ser cumprido em seus exatos

²⁶⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 73.

²⁶⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da Justiça Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 329.

termos, desde que não ultrapassados os limites impostos pelo Direito Civil e caso preenchidos os seus elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia.

Adimplir as prestações do *built to suit* significa, inclusive, reconhecer que o referido contrato pode ser economicamente mais favorável a uma das partes. Ora, o risco contratual é presente em todo o tipo de contrato. Certamente os contratos *built to suit* possuem riscos para ambas as partes. Advirta-se que os contratos *built to suit* são contratos de execução diferida, continuada ou periódica.

O risco contratual, como bem adverte Cristiano de Souza Zanetti²⁶⁶, assume particular relevância nos contratos de execução diferida. A longevidade da relação jurídica incrementa os riscos e reclama atenta consideração das consequências provenientes da alteração das circunstâncias negociais.

Os contratos *built to suit* reclamam cautelosa análise econômica e jurídica de seu conteúdo, seja porque os valores envolvidos são altos, seja porque se trata de hipótese de contrato de execução diferida.

Além disso, na forma como estudada neste trabalho, firmado entre empresários, o contrato *built to suit* tem caráter evidentemente empresarial. Segundo destaca Ricardo Lupion²⁶⁷, esse ambiente negocial é especial e naturalmente caracterizado pela concorrência e rivalidade, de forma que a assunção dos riscos é a ele inerente.

No ambiente contratual e concorrencial, os preços tendem a variar proporcionalmente à extensão do risco assumido. É possível que, realizados estudos técnicos e jurídicos, mesmo tendo ciência dos riscos assumidos, uma das partes possa ter interesse em concluir um contrato que, advertidamente, lhe trará riscos consideráveis. Ainda assim, não obstante tais riscos, com fundamento nos princípios *pacta sunt servanda* e autonomia privada, ninguém pode retroceder de um contrato simplesmente porque o resultado não lhe foi útil.

²⁶⁶ ZANETTI, Cristiano. O risco contratual. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias e RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 456.

²⁶⁷ LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 139.

É justamente por isso que Gabriela Wallau Rodrigues²⁶⁸ defende que o risco contratual assumido pelas partes, que presumidamente estão ou deveriam estar bem informadas das contingências do negócio, é elemento que faz destoar o *built to suit* de outras modalidades de locação previstas no sistema da Lei do Inquilinato.

Nesses termos, tenha-se consignada a importância do princípio da autonomia privada nos contratos *built to suit*.

²⁶⁸ RODRIGUES, Gabriela Wallau. A incompatibilidade sistemática entre o contrato *built to suit* e a Lei de Locações. *Revista Direito & Justiça* (publicação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul). v. 41, n. 2. Julho-dezembro de 2015. p. 178.

4) Autonomia privada e renúncia de direitos materiais da Lei do Inquilinato nos contratos *built to suit*

Partindo da premissa, portanto, que a autonomia privada e a liberdade contratual permitem às partes firmarem suas bases contratuais e, ainda, considerando que o contrato *built to suit* é um contrato atípico misto, onde prevalecem as condições contratuais, resta saber quais direitos os contratantes podem dispor diferentemente do que estabelece a Lei 8.245/91.

É o caso, por exemplo, da regra clássica da locação, que proíbe a cumulação de garantias. Sob pena de nulidade contratual, o art. 37, parágrafo único, da Lei 8.245/91, determina ser vedado às partes estabelecerem mais de uma modalidade de garantia em um único contrato de locação²⁶⁹.

Em nossa opinião, com fundamento na autonomia privada, os contratos *built to suit* autorizam que as partes estabeleçam a cumulação de garantias para o mesmo instrumento.

A cumulação de garantias no contrato *built to suit* faz todo o sentido. Os riscos do proprietário no contrato *built to suit* certamente são maiores do que aqueles da locação comercial. Não há um imóvel pronto para ser cedido ao uso do ocupante. Na realidade, o proprietário deverá realizar substancial investimento para que o imóvel seja construído ou reformado sob medida ao futuro ocupante.

Eventualmente, a depender da reforma ou construção a ser realizada, o imóvel poderá atender apenas à ocupação por um determinado ramo específico da indústria, por exemplo. É possível imaginarmos ainda, que dependendo da atividade mercantil do ocupante, o imóvel possa ter utilidade somente para aquela empresa.

²⁶⁹ Advirta-se, aqui, a corriqueira confusão que se faz quando o contrato é afiançado por mais de uma pessoa ou, ainda, quando o fiador apresenta certidões que comprovem a titularidade de propriedade de diversos imóveis. Nesses casos, não há qualquer duplicidade de garantias. A fiança pessoal pode ser prestada por uma ou várias pessoas. Além disso, caso o fiador apenas declare ser proprietário de inúmeros imóveis, não significa que foi prestada fiança e caução de bem imóvel. Apenas estaríamos tratando de duplicidade de garantias caso o imóvel do fiador fosse devidamente registrado para garantia do contrato de locação. Nessa hipótese, teríamos a proibição estabelecida pela lei.

Nesses termos, parece natural o proprietário ou investidor, ao firmar o contrato *built to suit*, requerer garantias sólidas para a eventualidade do inadimplemento do ocupante, sobretudo se a inadimplência ocorrer antes da amortização dos investimentos realizados.

Em tais circunstâncias, parece-nos razoável que as partes acordem na cumulação de garantias para o cumprimento do contrato *built to suit*. Poderá ser estabelecido no contrato, portanto, além de uma garantia prestada por determinada instituição financeira, fiança do próprio ocupante, caução de bens imóveis e assim por diante.

Essa opinião é compartilhada por José Paulo Marzagão²⁷⁰ que afirma que a obrigação assumida pela contratada no *built to suit* é muito superior à obrigação do locador na locação típica, de forma que a lei não deve restringir ou limitar as garantias que a contratada possa exigir da contratante com relação ao pagamento da remuneração.

Da mesma forma, mostra-se absolutamente incongruente com o *built to suit* a limitação estabelecida no art. 38, § 2º, da Lei do Inquilinato, ao determinar que a caução em dinheiro não poderá exceder o equivalente a três meses de aluguel. No *built to suit*, em nossa opinião, as partes poderão acordar, com liberdade, o valor da caução em dinheiro, sem tal limitação.

Também pensamos, com fundamento na autonomia privada, ser possível que as partes estabeleçam no contrato a renúncia do ocupante ao direito de preferência do imóvel. Para nós, não se trata de norma de ordem pública²⁷¹ e, portanto, pode ser afastado tal direito,

²⁷⁰ MARZAGÃO, José Paulo. *Regime jurídico do built-to-suit*. In: Operações Imobiliárias: Estruturação e tributação. Coord: Renato Vilela Faria e Leonardo Freitas de Moraes e Castro. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 126.

²⁷¹ A questão da renúncia ao direito de preferência é tormentosa nos contratos de locação de imóvel urbano. Embora, em nossa opinião, a renúncia ao direito de preferência não seja norma de ordem pública, o art. 45 da Lei do Inquilinato não deixa claro se as partes podem, ou não, renunciar a tal direito. Em julgados mais antigos, localizamos decisões permitindo a renúncia ao direito de preferência na locação comercial. Nesse sentido: “Ação de Indenização. Contrato de locação. Venda do imóvel a terceiro sem atender a preferência do inquilino na aquisição. Contrato que contém renúncia expressa ao inquilino quanto a esse direito. Descabido o pedido de indenização. Não se tratando de contrato de adesão e não havendo desigualdade entre as partes, prevalecem as condições pactuadas. Sentença de improcedência da ação mantida”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação com revisão nº 637.719-0/1, Rel. Cristiano Ferreira Leite. j. 12 de junho de 2002). Por outro lado, os julgados mais recentes não permitem tal renúncia: “INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. LOCAÇÃO DE IMÓVEL. DIREITO DE PREFERÊNCIA. INOBSERVÂNCIA. RENÚNCIA ANTECIPADA EM CONTRATO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE OUTRAS PROVAS (CPC, ART. 130). NULIDADE DA CLÁUSULA, PORQUANTO VISE ELIDIR UM DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA LEI

nessa modalidade de contrato. Além disso, não há qualquer violação ao princípio da boa-fé objetiva, muito menos da função social dos contratos.

Ademais, a considerar a preponderância das disposições contratuais, é possível que os contratantes alterem as obrigações do art. 47 e seguintes, que dizem respeito à extinção dos contratos por denúncia cheia ou vazia²⁷².

Nota-se, inclusive, que pelo fato de o contrato *built to suit* ser classificado pela sua atipicidade, a autonomia privada ganha relevo ainda maior, permitindo às partes liberdade contratual para disporem de forma diversa das estipulações de direito material da Lei do Inquilinato, em contrariedade ao que determina o art. 45. Isso porque, reiteramos, as disposições contratuais devem ser consideradas como fontes normativas preponderantes no contrato *built to suit*.

Recentemente, diga-se, em julgado proferido após a edição da Lei 12.744/2012, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal²⁷³ confirmou a prevalência das condições contratuais firmadas em contrato *built to suit* em detrimento das demais disposições da Lei do Inquilinato. Segundo o julgado,

a avença contempla diversos direitos e obrigações impostas às partes que extrapolam os limites da pura locação de imóvel, impondo primazia da vontade privada, em atenção ao princípio da liberdade de contratar, sobre a aplicação automática da legislação prevista para os contratos de locação. [...] A par de todo o exposto, deve prevalecer, até ulterior decisão de cognição exauriente sobre a questão, os valores livremente pactuados pelas partes, em respeito ao princípio do *pacta sunt servanda*.

Nessa senda, a prevalência da autonomia privada e o caráter subsidiário da Lei 8.245/91 nos contratos *built to suit* foi recentemente discutida na II Jornada de Direito

INTELIGÊNCIA DO ART. 45 DA LEI Nº 8.245/91” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0114809-04.2008.26.0008, Rel. Theodureto Camargo, j. 16 de junho de 2015).

²⁷² A esse respeito, vide Parte V, capítulo 1.

²⁷³ Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Agravo de Instrumento nº 20130020187886. 1ª Tuma Cível, Rel. Des. Flavio Rostirola, DJE 10.01.2014.

Comercial, cuja plenária foi realizada no dia 27 de fevereiro de 2015. Um dos enunciados (OE – Proposição 3.5) propunha:

As regras de direito material e processual previstas pela Lei 8.245/91 aplicam-se na locação *built to suit*, mas a sofisticação de tal locação empresarial justifica a qualificação de supletivas para as regras de direito material e imperativas somente para as de direito processual.

O enunciado acabou não sendo aprovado. Todavia, concordamos com o enunciado no tocante à aplicação “supletiva” das regras de direito material da Lei 8.245/91. Da mesma forma, correto o enunciado quando assevera que são imperativas as regras de direito processual da Lei 8.245/91 (à exceção da ação revisional), porque assim determina o art. 54-A (embora nossa opinião é que o legislador deveria ter permitido que até mesmo as regras procedimentais poderiam ser definidas pelas partes).

Assim, o respeito à autonomia privada e à liberdade contratual permitem que as disposições contratuais de direito material firmadas entre as partes, embora contrariem normas da Lei do Inquilinato, sejam respeitadas. Ademais, o próprio legislador estabelece no art. 54-A que “prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo”. Refere-se o legislador às disposições de direito material, uma vez que o mesmo dispositivo é claro ao afirmar que também prevalecem as disposições procedimentais. A aplicação, no contrato *built to suit*, das disposições procedimentais da Lei 8.245/91 pode gerar controvérsias. É o que será estudado a seguir.

5) Aspectos controvertidos dos procedimentos da Lei do Inquilinato aplicados aos contratos *built to suit* e a renúncia de direitos

Como visto anteriormente, o controverso art. 54, da Lei do Inquilinato, que procura regular os contratos de utilização de espaços em *shopping center*, assevera que prevalecerão “as *disposições procedimentais* previstas nesta lei”.

Os procedimentos referidos são aqueles dispostos nos artigos 59 a 75, quais sejam: (i) ação revisional de aluguel; (ii) ação renovatória; (iii) ação de despejo e (iv) ação de consignação de aluguel e acessórios da locação.

Tais procedimentos são aplicados independentemente da discussão sobre a tipicidade ou atipicidade dos contratos de *shopping center* porque, tal como visto, essa foi a opção legislativa. No âmbito daqueles contratos, inclusive, a Lei do Inquilinato determina expressamente que deve ser conferido o direito de renovação da locação ao lojista (art. 52, § 2º). Quanto às demais disposições procedimentais, não obstante a clareza do texto legal, a jurisprudência já se posicionou que, mesmo diante da atipicidade dos referidos contratos, os procedimentos da Lei 8.245/91 devem ser aplicados²⁷⁴.

Essa assertiva também deve prevalecer nos contratos *built to suit* a considerar que a redação do art. 54-A também estabelece que nesses contratos prevalecerão as disposições procedimentais da Lei 8.245/91, à exceção da ação revisional, da qual as partes poderão renunciar, nos termos do § 1º daquele dispositivo²⁷⁵.

Analisemos alguns desses procedimentos à luz do contrato *built to suit*.

²⁷⁴ Nessa senda: “[...] Ainda que a relação entre lojista e empreendedor de shopping center seja atípica, a Lei do Inquilinato preceitua que devem prevalecer as condições livremente pactuadas no respectivo contrato e as disposições procedimentais nela previstas. Precedente da Terceira Seção Superior Tribunal”. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.107.241, Rel. Jorge Mussi, j. 19 de agosto de 2009).

²⁷⁵ “Art. 54-A, § 1º - Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação.

5.1 Contrato *built to suit* e a ação revisional da remuneração mensal

Como visto acima, expressamente, o legislador estabelece a possibilidade de as partes renunciarem à propositura de revisão da remuneração do contrato *built to suit*.

A possibilidade de ambas as partes²⁷⁶ renunciarem à ação revisional da remuneração mensal²⁷⁷ no contrato *built to suit* é perfeitamente compreensível. Fosse obrigatório às partes se sujeitarem à ação revisional da remuneração, as partes ficariam sujeitas a riscos contratuais desnecessários.

Pelo lado do empreendedor, diferente da locação, no contrato *built to suit*, a contrapartida do ocupante do imóvel não decorre apenas da cessão do uso do bem. Na realidade, nessa modalidade contratual, além de remunerar o proprietário pela cessão do uso, o ocupante também remunera pela construção da obra ou, mesmo, pela aquisição do terreno. Fosse admitida a possibilidade de revisão da remuneração, o empreendedor não saberia, ao certo, se receberia ou não a integralidade dos valores previstos no contrato, tornando duvidoso ou arriscado o investimento²⁷⁸.

Pelo lado do ocupante, a considerar que os contratos *built to suit* são longos, este ficaria numa posição de insegurança a respeito dos valores que deveria despende durante o prazo estabelecido no contrato. Ressalte-se, ainda, que se fosse o valor majorado e

²⁷⁶ Na locação, ambas as partes (locador e locatário) podem intentar a ação revisional de aluguéis. Nesses termos: VENOSA, Silvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática*. 8ª ed. 3ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006. p. 335. Da mesma forma, assevera Custódio da Piedade Ubaldino Miranda que terá essa faculdade o locador, em face da excessiva desvalorização do aluguel, no período, findo o qual é admitida a revisão; e para o locatário quando, nesse mesmo período, desvaloriza-se o imóvel em relação ao aluguel que paga e que passa a ser elevado (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Locação de imóveis urbanos: Comentários à Lei 8.245/1991*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 184).

²⁷⁷ Nos contratos *built to suit*, preferimos que a contrapartida paga pelo ocupante seja intitulada “remuneração”. Nosso objetivo é deixar claro que, no *built to suit*, não se remunera apenas a cessão do uso da coisa. De todo modo, a expressão aluguel não é exclusiva dos contratos de locação. O Decreto 59.566/66, que dispõe sobre o arrendamento nos contratos agrários, trata a remuneração deste contrato como “aluguel” (art. 2º, § 2º).

²⁷⁸ Como bem ressaltado por Frederico Favacho, com essa disposição contratual (renúncia ao direito de revisão da remuneração), independentemente da variação do mercado imobiliário de locação local, as partes do contrato *built to suit* e, principalmente, os investidores, terão a certeza e a tranquilidade de saber que a remuneração não será alterada. Ainda segundo o autor, o *built to suit* é uma forma de *project finance* e, assim, a remuneração mensal é fixada a partir de cálculos econômicos e financeiros prevendo a devolução do capital investido acrescido do valor necessário para a remuneração do capital e o ganho atrativo o suficiente para garantir a participação dos investidores. (FAVACHO, Frederico [et. al.] *Lei do Inquilinato: comentada artigo por artigo*. Organizadores: Luiz Antonio Scavone Junior e Tatiana Bonatti Peres. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 371).

pretendendo extinguir o contrato, a denúncia antecipada imporá ao ocupante o pagamento integral da multa pactuada, nos termos do art. 4º, da Lei do Inquilinato.

Assim, a certeza da remuneração a ser recebida e a ser paga durante todo o programa contratual é extremamente relevante aos contratantes nesse tipo de avença.

Nesse diapasão, diante das diferenças estruturais e conceituais do *built to suit* perante a locação, nada mais natural que as partes possam renunciar à hipótese de revisão da remuneração conferida no art. 68 e seguintes da Lei do Inquilinato. Essa disposição legal prestigia a autonomia privada e garante segurança jurídica às partes.

Ressaltando a importância do dispositivo em favor do proprietário, Paula Miralles²⁷⁹ assevera que a renúncia à revisão da remuneração do contrato *built to suit* é justificada pelo fato de que a remuneração mensal no contrato *built to suit* possui uma lógica própria de formação de preço, já que o imóvel objeto do contrato se trata de ativo especializado à atividade de um locatário específico, o que, por si só, impede a comparação direta com outros imóveis do mercado, uma vez que o imóvel é construído especificamente para determinado usuário²⁸⁰.

Assim, bastante razoável a determinação do art. 54-A, § 1º, da Lei do Inquilinato, que permite a renúncia à ação revisional de alugueis. Atente-se, contudo, que no silêncio do contrato, as partes estarão sujeitas à ação revisional de aluguéis, ou seja, para a não sujeição, as partes deverão excepcionar a regra. Diz o art. 54-A, § 1º que “poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão [...]”.

Diante disso, tendo renunciado a tal direito, as partes ficam obrigadas aos valores contratualmente ajustados, sem possibilidade de revisão do valor da remuneração, o que não

²⁷⁹ ARAUJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2014. p. 113.

²⁸⁰ Ainda segundo a autora caso o empreendedor tenha optado pelo recurso à securitização dos recebíveis, a revisão do valor do aluguel interromperá o fluxo de pagamento dos créditos com a consequente interrupção da integralização das cédulas de crédito imobiliário emitidas com base nesses valores e, em última análise, prejudicará o adimplemento das obrigações do empreendedor perante os investidores. (ARAUJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2014. p. 115).

significa, a princípio, a impossibilidade de ser requerida revisão do contrato com fundamento no art. 317 ou 479, do Código Civil, que será estudado a frente (vide Parte V, capítulo 3).

A renúncia do direito de revisão da remuneração mensal já foi enfrentada pelos Tribunais. Antes mesmo da promulgação da Lei 12.744/2012, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo²⁸¹ já admitia a possibilidade de as partes renunciarem à revisão do valor de contrapartida do contrato *built to suit* ou, ainda, como referido no julgado, “remuneração mensal”. Confira-se:

cuidando-se de contrato paritário, em que as partes entabularam trocas úteis e justas de acordo com suas vontades e em posição de igualdade (par a par), ou seja, não sendo a renúncia predisposição de direito unilateral imposta por parte dominante em contrato de adesão, a renúncia ao direito de revisar a remuneração é válida e eficaz, por força e homenagem ao princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato²⁸².

É interessante verificar que o julgado acima, mesmo proferido antes da edição da Lei 12.744/2012, privilegiava a autonomia privada, asseverando a impossibilidade de revisão da remuneração dos contratos *built to suit* quando estipulada regra nesse sentido. Ainda que à época inexistisse legislação específica, o julgado fez por bem privilegiar a estipulação contratual²⁸³.

Ressalte-se, ainda, que a remuneração mensal de um contrato *built to suit* difere dos valores envolvidos no contrato típico de locação comercial. A considerar que o imóvel é construído sob medida para o ocupante, bem como o fato de que o empreendimento pode ser desenvolvido em local distante, o risco do contrato ao empreendedor é maior, o que

²⁸¹ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação 9156991-70.2008.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Antonio Benedito Ribeiro Pinto, j. 4 de maio de 2011.

²⁸² Ressalte-se, todavia, que referido julgado contou com voto divergente do Des. Vanderci Álvares, o qual ressaltou: “Ainda que as partes tenham livremente pactuado pela ‘renúncia ao direito de revisão do aluguel’, entendo que tanto à locatária quanto à locadora se reservaria o direito de, a qualquer tempo, vir a juízo para obter o pronunciamento judicial sobre o ‘preço real’, em face do princípio comutativo e atento à boa-fé objetiva que deve reger todas relações contratuais, para evitar-se o enriquecimento sem causa de um dos contratantes em detrimento do outro”.

²⁸³ Reportando-nos a julgado já mencionado no presente trabalho, ressalte-se que após a edição da Lei 12.744/2012, foi determinada a regularidade de cláusula em que as partes renunciavam a possibilidade de revisão dos valores ajustados no contrato. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Agravo de Instrumento nº 20130020187886. 1ª Tuma Cível, Rel. Des. Flavio Rostirola, DJE 10.01.2014).

justificaria, portanto, uma remuneração maior do que comparada a um aluguel de um imóvel já construído.

A esse respeito, em trabalho apresentado no XIV Congresso Brasileiro de Engenharia de Avaliações e Perícias, Flavio Figueiredo e William Grava²⁸⁴ apresentaram trabalho técnico que demonstra as diferenças do preço de mercado da remuneração mensal do contrato *built to suit* comparado ao aluguel mensal dos imóveis intitulados “genéricos”.

Segundo os autores, o empreendimento *built to suit* possui uma lógica própria de formação de preço, impedindo a comparação direta com o mercado pela simples ausência de um ativo verdadeiramente comparável. Figueiredo e Grava advertem que, no contrato *built to suit*, o imóvel pode ser classificado, segundo a engenharia, como “especializado” e o custo da remuneração mensal será inevitavelmente superior em função das características específicas do empreendimento²⁸⁵.

Isso se justifica pelo fato de que o risco do contrato ao empreendedor é maior do que na locação comercial, sobretudo porque envolve um aporte financeiro elevado na construção de um empreendimento sob medida ao futuro ocupante. Além disso, findo o contrato, poderá o empreendedor ter dificuldades em dar outra destinação econômica ao empreendimento (seja venda ou locação) uma vez que, a considerar o local onde foi construído e o tipo de imóvel, poucas empresas terão interesse de ocupar aquele bem imóvel. Esse fato poderá obrigar o empreendedor, por exemplo, a realizar grandes adaptações ao imóvel para que ele seja mais facilmente recolocado no mercado. Tais custos e riscos, portanto, podem compor a formação do preço do contrato *built to suit*, o que também justifica a necessidade de ser facultado às partes renunciarem o direito à revisão da remuneração mensal.

²⁸⁴ FIGUEIREDO, Flavio; GRAVA, William. *A Economia dos empreendimentos built to suit*. Trabalho profissional apresentado ao XIV Cobreap (Congresso Brasileiro de Engenharia de Avaliações e Perícias). Disponível em: <http://ibape-nacional.com.br/biblioteca/wp-content/uploads/2012/12/A-Economia-dos-Empreendimentos-Built-to-Suit.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2016.

²⁸⁵ Segundo Fabio Cilli, a análise mais coerente para arbitragem do valor da remuneração do *built to suit* é o método do valor da oportunidade de investimento, amparado nas normas da ABNT, em especial a NBR 14.653-4 de 2003. (CILLI, Fábio. *Empreendimentos do tipo built-to-suit: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência*. Monografia apresentada ao MBA em Gerenciamento de Empresas e Empreendimentos na Construção Civil, com ênfase em *Real State*. São Paulo, 2005. p. 119).

5.2 Contrato *built to suit* e a ação renovatória

A considerar que apenas a ação de revisão da remuneração mensal poderá ser objeto de renúncia, os contratantes continuam obrigados aos demais procedimentos.

O ocupante, portanto, segundo a Lei, não poderá renunciar à propositura de ação renovatória. A dúvida é saber se, embora sujeitos à ação renovatória e mesmo diante da redação do art. 54-A, os contratantes estariam sujeitos a todos os direitos decorrentes da ação renovatória. Vale dizer: a considerar que, segundo o texto legal, as partes estão sujeitas à ação renovatória, estariam obrigadas a todas as disposições dos artigos 71 a 75 da Lei do Inquilinato?

Considerando que os contratantes do *built to suit* estão sujeitos integralmente às disposições desses dispositivos, algumas dúvidas podem surgir.

A Lei do Inquilinato determina que, mesmo preenchidos os requisitos da ação renovatória, o proprietário do imóvel poderá obstar a renovação do contrato, caso comprove que possua proposta de terceiro, em melhores condições (art. 72, inciso III)²⁸⁶. Na hipótese de o locatário não cobrir a oferta de terceiro, deverá desocupar o imóvel. Nesse caso, a Lei do Inquilinato garante ao inquilino a possibilidade de ser *indenizado* em consequência da não prorrogação da locação. Essa indenização será devida, de forma solidária, pelo proprietário e pelo novo inquilino (art. 75, da Lei 8.245/91).

Segundo o § 3º, do art. 52, a indenização tem por objetivo o ressarcimento dos prejuízos e dos lucros cessantes com que o ocupante e o locatário terão que arcar em razão da mudança, perda do lugar e desvalorização do fundo de comércio.

Trata-se de regra de direito material, de caráter eminentemente patrimonial. Diante disso, embora as partes estejam sujeitas à ação renovatória, resta saber se o ocupante poderia renunciar apenas à disposição do art. 75, da Lei do Inquilinato.

²⁸⁶ Nesse caso, o proprietário deverá juntar prova da proposta do terceiro, subscrita por duas testemunhas, com clara indicação do ramo a ser explorado, que não poderá ser o mesmo do ocupante.

Aqui, mais uma vez, a importância do estudo da disciplina jurídica aplicável aos contratos *built to suit*. Embora a renovação do contrato, segundo o art. 54-A, seja um direito que não poderia ser objeto de renúncia pelo ocupante, parece-nos que tal disposição, por seu caráter eminentemente de direito material e patrimonial, poderia ser objeto de renúncia pelo ocupante.

Vamos além. Em nosso entendimento, porque a aplicação da Lei do Inquilinato é subsidiária, entendemos que o ocupante só poderia receber a indenização mencionada no art. 75 na hipótese de o contrato expressamente assim consignar. Não sendo estipulado tal regra no contrato, ela não se aplica automaticamente. No silêncio contratual, não se pode interpretar analogicamente o art. 75, porque hierarquicamente inferior às disposições do contrato.

A inaplicabilidade do art. 75, da Lei 8.245/91 não significa que o ocupante tem limitado o seu direito de renovar o contrato, mas apenas que não será reparado caso terceiro tenha melhor proposta para locar o imóvel.

Como reforço ao argumento de que o art. 75 pode ser incongruente com o *built to suit*, ressalte-se que os contratos *built to suit* são firmados por longo período. É possível que, com o passar dos anos, o imóvel construído tenha uma valorização expressiva em virtude de melhorias no entorno ou porque tornou-se uma região muito concorrida naquela localidade. A considerar que as partes renunciam ao direito de pleitearem a revisão da remuneração, o proprietário poderia ver-se, ao longo dos anos, diante de um contrato com remuneração mensal abaixo do mercado. Ainda assim, não poderia, a princípio, denunciar o contrato durante o prazo determinado porque, segundo o art. 54-A, a denúncia antecipada pode ser realizada apenas pelo ocupante²⁸⁷.

Nessa hipótese, portanto, não sendo possível a denúncia antecipada do contrato, muito menos a revisão da remuneração mensal, o proprietário não poderá insurgir-se contra um valor que, ao longo dos anos, tornou-se defasado, considerando-se as circunstâncias do imóvel e da região. Assim, finda a locação, não sendo o contrato renovado porque terceiro apresentou melhor proposta, a indenização não faria sentido uma vez que, durante muitos

²⁸⁷ A respeito da denúncia do contrato de *built to suit*, verifique-se a Parte V, capítulo 1.

anos, o proprietário foi apenado com o recebimento de uma remuneração abaixo do mercado. Diante disso, além de ser apenado por muitos anos com uma remuneração abaixo do mercado, o proprietário ainda se veria na obrigação de indenizar o ocupante simplesmente porque locou o imóvel a terceiros em melhores condições. A impossibilidade de revisão da remuneração do *built to suit* fragiliza a imposição do art. 75.

Por outro lado, embora a indenização referida no art. 75, da Lei 8.245/91, em nosso entendimento, possa ser objeto de renúncia pelo ocupante, o legislador não permitiu a renúncia à renovação do contrato. E não é difícil imaginarmos qual o interesse do ocupante na permanência do imóvel, findo o prazo determinado.

A ação renovatória possui diversos fundamentos. Alfredo Buzaid²⁸⁸, em obra clássica a respeito do tema, tratando a respeito do Decreto nº 24.150/34, assevera que a doutrina brasileira e francesa valem-se de diversas teorias para fundamentar a ação renovatória em favor do locatário. Dentre elas, o autor cita as teorias do abuso do direito e do enriquecimento sem causa. Ambas são criticadas pelo autor²⁸⁹ que, no ano de 1988, com estudos ainda embrionários a respeito da boa-fé objetiva e função social da propriedade, prefere como fundamento à ação renovatória a teoria que intitula do “bem comum”²⁹⁰.

No contrato *built to suit*, vários podem ser os fundamentos do interesse do ocupante permanecer no imóvel: (i) porque este foi construído sob medida para sua atividade; (ii) porque desenvolve suas atividades naquela região há muito tempo; (iii) porque seus funcionários residem nas imediações; (iv) porque não há outro terreno disponível na mesma

²⁸⁸ BUZAID, Alfredo. *Da ação renovatória e das demais ações oriundas de contrato de locação de imóveis destinados a fins comerciais*. v. I., 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 173 e seguintes.

²⁸⁹ Segundo Buzaid, a teoria do abuso do direito não fundamenta a ação renovatória porque a ação renovatória teria caráter compulsório. Assim, se o locatário preenche os requisitos legais, nasce-lhe o direito à renovação, que só poderá ser obstado pelo exercício do direito de recusa e de retomada. E o exercício normal do direito não constitui abuso. Também não seria aplicada a teoria do enriquecimento sem causa porque a ação renovatória permite indenização ao locatário que sofrer dano injusto. (BUZAID, Alfredo. *Da ação renovatória e das demais ações oriundas de contrato de locação de imóveis destinados a fins comerciais*. v. I., 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 190).

²⁹⁰ Segundo o autor, a ação renovatória teria fundamento nessa doutrina porque, se a propriedade imóvel é um bem digno de tutela, não o é menos o estabelecimento comercial, que, em sua complexa organização, reúne coisas e atividade humana. Assim, segundo Buzaid, como ambos os interesses beneficiam o progresso e devem, por isso, harmonizar-se em uma fórmula superior de coexistência, o legislador, inspirando-se quicá na tradição histórica medieval ou instituindo a solução que brota, natural e espontânea, do sentimento que valoriza a pessoa humana, limita a liberdade de contratar e condiciona o uso da propriedade ao bem-estar social. (BUZAID, Alfredo. *Da ação renovatória e das demais ações oriundas de contrato de locação de imóveis destinados a fins comerciais*. v. I., 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 192).

região; (v) porque estabelecido o fundo de comércio ou fundo de indústria naquele local, dentre outras razões.

No *built to suit*, todas essas razões já seriam suficientes para demonstrar o interesse do ocupante na renovação do contrato. De todo modo, mesmo diante de todos esses fundamentos e mesmo diante da redação do art. 54-A, da Lei do Inquilinato, que autoriza a renúncia apenas à ação de revisão de aluguéis (e não da ação renovatória), pelo princípio da autonomia privada e diante da prevalência das disposições contratuais no *built to suit*, seria possível defendermos lícita cláusula em que o ocupante renuncia não apenas ao direito de propor ação revisional da remuneração, mas também à ação renovatória?

Embora a redação do art. 54-A seja suficientemente clara ao determinar que as partes poderiam renunciar apenas à ação revisional da remuneração mensal, fato é que, no âmbito dos contratos de *shopping center*, embora o art. 54 também seja claro que prevalecerão todos os procedimentos da Lei, diversos julgados autorizam que as partes renunciem à ação revisional de alugueis. Atente-se que, ao contrário do art. 54-A, que permite expressamente a renúncia ao direito de revisão dos alugueis, o art. 54 não excepciona a regra, apenas asseverando que prevalecerão os procedimentos da Lei 8.245/91. Vale dizer, enquanto o art. 54-A possui a exceção do § 1º, o art. 54 não possui qualquer exceção.

Mesmo diante da ausência de qualquer exceção do art. 54, o Superior Tribunal de Justiça²⁹¹, em contenda decorrente de contrato de *shopping center*, já decidiu que “a renúncia parcial ao direito de revisão é compatível com a legislação pertinente, os princípios e as particularidades aplicáveis à complexa modalidade de locação de espaço em shopping center”. Segundo outro julgado, também do Superior Tribunal de Justiça²⁹² “não viola o art.

²⁹¹ REsp 1413818/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 21/10/2014). A cláusula em questão dizia: "Caso a LOCADORA venha a requerer judicialmente a revisão do aluguel mensal mínimo, observado o disposto no item 4.1.1.2 abaixo, fica desde já estabelecido que independentemente do valor que vier a ser fixado judicialmente, a LOCATÁRIA não estará obrigada a pagar a título de aluguel mínimo, valor superior à média dos seis últimos aluguéis percentuais pagos na época da incidência do aluguel mensal mínimo revisto judicialmente. O disposto nesta cláusula se aplicará também em caso de renovação do contrato". Segundo o julgado “referida cláusula visa preservar uma das principais características da locação em shopping centers que é o sistema de dúplice cobrança de aluguel, pois se a diferença entre o aluguel mínimo e o sobre o faturamento da loja for de tal modo exacerbada, o aluguel mínimo se tornará a única maneira de remuneração do locador”.

²⁹² “CIVIL. LOCAÇÃO COMERCIAL. PEDIDO REVISIONAL. CLÁUSULA RENUNCIATIVA. VALIDADE. 1 - Não viola o art. 19 e nem o art. 45, ambos da Lei nº 8.245/91 e, muito menos conflita com a súmula 357-STF, a disposição contratual, livremente pactuada pelas partes, na qual o locador renuncia ao direito de propor ação revisional de aluguel, considerando-se ratificada se, após renovação da avença, continua

19 e nem o art. 45, ambos da Lei nº 8.245/91 e, muito menos conflita com a súmula 357-STF, a disposição contratual, livremente pactuada pelas partes, na qual o locador renuncia ao direito de propor ação revisional de aluguel”. O fundamento dos julgados é justamente a prevalência da autonomia privada nos contratos de *shopping center*.

Concordamos que, no âmbito dos contratos de *shopping center*, contratos atípicos mistos, deveria prevalecer a autonomia privada, permitindo que as partes renunciassem à propositura da ação revisional de alugueis²⁹³. Ocorre que, aparentemente, o texto legal do art. 54 não permite essa renúncia. Essa não foi a opção do legislador. Ainda assim, como visto, mesmo diante da Lei, a jurisprudência admite a renúncia do direito.

Essa jurisprudência, no âmbito dos contratos de *shopping center*, coloca em dúvida a extensão do art. 54-A. A dúvida que surge é saber se nos contratos *built to suit*, diante da redação do art. 54-A, seria permitida renúncia não apenas da ação revisional de alugueis, mas também de outros procedimentos como, por exemplo, a ação renovatória²⁹⁴.

a integrar os seus termos sem nenhuma objeção da parte interessada. Precedente desta Corte. 2 – Recurso não conhecido”. (REsp 243283/RJ, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ 10042000). “LOCAÇÃO – RENUNCIA – AÇÃO REVISIONAL. CLAUSULA LIVREMENTE PACTUADA PELAS PARTES, NA QUAL O LOCADOR RENUNCIA AO DIREITO DE INGRESSO COM AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEIS PELO PRAZO AVENÇADO, NÃO OFENDE AO DISPOSTO NO ART. 45 DA LEI DO INQUILINATO. RECURSO NÃO CONHECIDO”. (REsp 127355/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 2411/1997).

²⁹³ Ressalte-se, inclusive, que mesmo nos contratos de locação comercial fora do âmbito do *shopping center*, há julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo permitindo a renúncia ao direito de revisão do valor locativo: “Ação revisional de aluguel. Contrato firmado que prevê renúncia ao direito de revisão do valor do locativo. Possibilidade na hipótese onde interligadas locação e aquisição através de arrematação de imóvel que pertencia à locatária violação aos arts. 19 e 45 da Lei do Inquilinato. Não caracterizada. Precedentes do e. STJ e desta corte – Recurso provido. Improcedência”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação 0043041-20.2010.8.26.0405, Rel. Francisco Casconi, j. 19 de novembro de 2013). “LOCAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL C. C. DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL IMPEDITIVA DE REVISÃO DO ALUGUEL. ARTIGO 45 DA LEI Nº 8.245/91. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. PREVALÊNCIA DO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES. IMPROCEDÊNCIA RECONHECIDA. RECURSO IMPROVIDO. A renúncia à revisão do valor do aluguel durante o prazo da locação é perfeitamente admissível, sem implicar violação à norma do artigo 45 da Lei nº 8.245/91, porque referente a direito patrimonial, que é disponível, afigurando-se incabível a intervenção do Poder Judiciário, no caso, para modificar o que as partes livremente ajustaram. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação 0147192-16.2009.8.26.0100, Rel. Antonio Rigolin, j. 22 de outubro de 2013).

²⁹⁴ É interessante verificar que Agostinho Alvim, em obra datada do ano de 1966, quando ainda vigente o Decreto 24.150, de 20 de abril de 1934 (Lei de Luvas) e antes mesmo da vigência da Lei 8.245/91, que criou a ação renovatória, já asseverava que a possibilidade de renovação contratual era norma de ordem pública, que não poderia ser derogada pela vontade dos particulares. A legislação evoluiu e, anos depois, o art. 45, da Lei do Inquilinato, expressamente asseverou que qualquer renúncia à renovação contratual é considerada cláusula nula. (ALVIM, Agostinho. *Aspectos da locação predial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1966. p. 260). Esse é o mesmo entendimento de Alfredo Buzaid, manifestado antes mesmo da Lei 8.245/91. (BUZOID, Alfredo. *Da ação renovatória e das demais ações oriundas de contrato de locação de imóveis destinados a fins comerciais*. v. I., 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 137). De todo modo, Alfredo Buzaid asseverou que alguns juristas franceses e belgas negaram o caráter de ordem pública da ação renovatória. A

Em nossa opinião, não fosse o texto legal, com fundamento na liberdade contratual, ilicitude alguma haveria, porque tal disposição, em nossa opinião, não significa renúncia de uma norma de ordem pública.

Atente-se que, embora o art. 45, da Lei do Inquilinato, determine a nulidade da cláusula contratual que afaste o direito à renovação, porque violaria norma de ordem pública, no âmbito do contrato *built to suit*, tal como defendido, não se aplicam as disposições da Lei 8.245/91, à exceção dos procedimentos, nos termos do art. 54-A. O art. 45, portanto, não é aplicável aos contratos *built to suit*, mas apenas aos contratos de locação de imóvel urbano.

A renúncia da ação renovatória seria considerada renúncia a uma norma de ordem pública? Certamente seria violação a uma norma de ordem pública nos contratos de locação, mas essa afirmação não nos parece correta no âmbito dos contratos *built to suit*.

De qualquer forma, mesmo diante da jurisprudência firmada a respeito do art. 54, ainda assim consideramos que o art. 54-A não permite às partes a renúncia à ação renovatória. Fosse essa a intenção do legislador, a exceção do § 1º não se referiria apenas à ação revisional de aluguéis, mas se estenderia aos demais procedimentos. Fosse essa a intenção do legislador, o *caput* do art. 54-A não teria asseverado que prevalecem as disposições procedimentais da Lei do Inquilinato. Interpretar de outra forma nos parece atentar contra o dispositivo da Lei.

Assim, a Lei do Inquilinato, em nosso entendimento, permite, nos contratos *built to suit*, excepcionar apenas a regra da ação revisional de aluguéis, sendo certo que os demais procedimentos prevalecem e não podem ser renunciados pelas partes, inclusive a ação renovatória.

Sendo aplicada a ação renovatória aos contratos *built to suit*, questões interessantes merecem ser resolvidas.

esse exemplo, citou doutrina de Henri de Page, que asseverou: “não se pode dizer que os interesses essenciais do Estado ou da coletividade ou as bases fundamentais da ordem econômica de nossa sociedade estejam em causa numa lei que não interessa senão ao comércio de varejo e aos artesãos, isto é, aos lojistas” (DE PAGE, Henri. *Complément au traité de droit civil belge*, v. 3, p. 168 *Apud* BUZAID, Alfredo. *Da ação renovatória e das demais ações oriundas de contrato de locação de imóveis destinados a fins comerciais*. v. I., 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988).

A considerar a possibilidade de o ocupante promover a ação renovatória, resta saber por qual prazo deverá ser renovado o contrato. A discussão, nos contratos típicos de locação, não é recente. A dúvida surgida está relacionada ao alcance da expressão “por igual prazo”, estabelecida no art. 51, da Lei do Inquilinato.

Discute-se, nesse sentido, se a expressão se refere: (i) ao prazo de cinco anos exigido para que o locatário tenha direito à renovação (inciso II, do art. 51); ou (ii) à soma dos prazos de todos os contratos celebrados pelas partes ou, por fim, (iii) ao prazo do último contrato, que completou o quinquênio.

Em verdade, a discussão remonta à edição da Súmula 178, do Supremo Tribunal Federal, sob a égide do antigo Decreto 24.150/34, que mencionava ser de cinco anos o prazo máximo da renovação contratual, ainda que o prazo previsto no contrato a renovar fosse superior.

Isso porque, segundo boa parte dos julgados, embora a ação renovatória tenha por escopo garantir os direitos do locatário face às pretensões ilegítimas do locador de se apropriar de seu patrimônio imaterial consolidado ao longo dos anos, também não pode essa ferramenta se tornar uma forma de eternizar o contrato de locação, restringindo os direitos da propriedade do locador.

É por isso que, nesse contexto, a doutrina passou a entender que o prazo de cinco anos se mostrava razoável para a renovação do contrato. Nesses termos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²⁹⁵ consolidou-se no sentido de que o prazo máximo do contrato a renovar deve ser de até cinco anos porque, “permitir a renovação por prazos maiores, de 10, 15, 20 anos, poderia acabar contrariando a própria finalidade do instituto, dadas as sensíveis mudanças de conjuntura econômica, passíveis de ocorrer em tão longo período de tempo, além de outros fatores que possam ter influência na decisão das partes em renovar, ou não, o contrato²⁹⁶”.

²⁹⁵ Nesse sentido, vide REsp 1.323.410/MG, Rel. Ministra Nancy Andrichi, j. 7 de novembro de 2013. No mesmo sentido aponta a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo - nesses termos vide Apelação 0018699-71.2014.8.26.0114, Rel. Edgar Rosa, j. 9 de abril de 2015.

²⁹⁶ Ressalte-se, todavia, o entendimento minoritário de alguns autores que asseveram que “a renovação obedecerá ao mesmo prazo do contrato” (AMORIM, José Roberto Neves. *Renovação das locações comerciais*. In: AMORIM, José Roberto Neves; ELIAS FILHO, Rubens Carmo (coord.). *Estudos avançados de direito imobiliário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 258).

Todavia, a considerar as peculiaridades do contrato *built to suit*, especialmente o fato de que o imóvel foi construído ou reformado sob medida ao ocupante, resta saber se a sentença não poderia fixar um prazo superior a cinco anos, pela renovação do contrato.

Se considerarmos que o contrato *built to suit* pode ter prazo de 20 ou 30 anos, haveria fundamento para se admitir a renovação compulsória do contrato por 10 ou 15 anos? Uma vez admitida a ação renovatória no contrato *built to suit*, parece-nos razoável que a renovação seja conferida por um prazo maior do que os cinco anos. Até porque, repita-se, as características do contrato *built to suit* são diversas das características do contrato de locação, sobretudo a longevidade do curso contratual. Todavia, o prazo conferido na sentença de uma ação renovatória dependerá de inúmeros elementos, que deverão ser analisados no caso concreto para melhor definição do prazo de renovação contratual.

De qualquer forma, reiteramos nosso posicionamento que não caberia ao legislador ter obrigado os contratantes dessa modalidade contratual à ação renovatória da Lei do Inquilinato. Pela autonomia privada, deveria ser possível aos contratantes estabelecer se, ao final do contrato, seria possível ou não a renovação do contrato, e em quais bases, desde que preenchidos determinados requisitos estabelecidos pelos contratantes.

Outra questão bastante complexa diz respeito à disciplina jurídica do contrato renovado. Como será visto à frente²⁹⁷, na *renovação* a relação jurídica duplica-se e uma sucede à outra, enquanto na *prorrogação* estende-se a relação jurídica única, avançando no tempo. Renovação do contrato, portanto, significa um novo contrato.

Em caso de renovação do contrato, as partes não renovam a prestação da empreitada, porque exaurido o seu objeto. Já não existe, nesse caso, o *built* (empreitada) que, como visto, é elemento categorial do contrato *built to suit*. A renovação seria apenas pela cessão do uso, o que nos remeteria a um contrato típico de locação. Nesse caso, como ficaria a disciplina jurídica do contrato a ser renovado? Prevaleceriam as disposições contratuais ou as regras de direito material da Lei do Inquilinato?

²⁹⁷ Vide Parte V, capítulo 1, 1.1.

A questão da disciplina jurídica do contrato *built to suit* renovado foi analisada pela II Jornada de Direito Comercial. Nesse sentido, foi proposto enunciado no seguinte sentido (OE – Proposição 3.4):

Renovando-se o contrato de locação *built to suit* após o fim do prazo estipulado pelas partes, por decisão judicial ou acordo, afasta-se a limitação dos § 1º e § 2º do art. 54-A, da Lei 8.245/91, de modo a possibilitar a revisão judicial do aluguel e o pagamento proporcional da cláusula penal compensatória.

Como justificativa²⁹⁸, asseverou-se que após a renovação do contrato *built to suit* “a função de remuneração deixa de existir, havendo, a partir daí, o pagamento de uma importância em troca da posse do bem imobiliário, ou seja, a relação jurídica passa a ser qualificada apenas como locação não residencial e não mais locação *built to suit*”.

A proposta acabou não sendo aprovada na plenária realizada no dia 27 de fevereiro de 2015 e o enunciado, portanto, não vingou.

Mas o entendimento do enunciado possui adeptos na doutrina. Paula Miralles²⁹⁹ afirma que, findo o prazo original do contrato, pactuado de modo a ser suficiente para que a construção, aquisição ou reforma do imóvel venha a ser totalmente remunerada, o aluguel deverá dizer respeito unicamente à remuneração pelo uso do imóvel, tal como uma relação de locação típica – o que impõe a necessidade de as partes estipularem novo valor de

²⁹⁸ Veja-se a íntegra da justificativa: “Destaca-se na relação jurídica *built to suit* a estruturação jurídica de uma operação econômica que divide-se basicamente em dois tipos contratuais: i) alocação de recursos por meio de negócio jurídico imobiliário necessário para atender as necessidades especificadas pelo pretendente a locação, como permuta, promessa de compra e venda, compra e venda, doação, dação em pagamento, arrematação do imóvel ou simplesmente empreitada para construir ou reformar (art. 54-A: aquisição de imóvel, construção ou substancial reforma. Nota-se que a alternativa “ou” não é essencial ao tipo contratual, qualificando-se a *relação built to suit* se for admitida a aditiva “e”, como aquisição + construção e aquisição + reforma); ii) locação não residencial-imobiliária. Neste caso, a estrutura da locação desempenha a função de possibilitar o retorno do investimento realizado, para além da remuneração pela mera posse de certo espaço. Tal cenário justificou a preocupação legislativa, afastando-se o risco de denúncia injusta (art. 4º da Lei 8.245/91) e revisão judicial (art. 19 da Lei 8.245/91). Portanto, reconhece-se que o cumprimento do contrato com o pagamento do preço cumpre a função retributiva do investimento. Ao renovar-se o contrato, a função de remuneração deixa de existir, havendo, a partir daí, o pagamento de uma importância em troca da posse do bem imobiliário, ou seja, a relação jurídica passa a ser qualificada apenas como locação não residencial e não mais locação *built to suit*.”

²⁹⁹ ARAUJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2014. p. 120.

remuneração³⁰⁰. Segundo a autora, renova-se, portanto, a relação locatícia, e não propriamente o contrato *built to suit*.

A questão não é de simples solução. Resta saber não apenas se as limitações dos § 1º e § 2º do art. 54-A deveriam ser afastadas no contrato renovado, mas, também, se as partes, embora tenham firmado contrato *built to suit* se, nessa ocasião, porque adimplida e exaurida a prestação da empreitada, numa renovação compulsória, continuariam perante as prestações e disciplina jurídica de um contrato atípico misto. No contrato renovado de forma compulsória, a prestação do proprietário seria apenas a cessão do uso do imóvel, enquanto o ocupante estaria remunerando, tão somente, a cessão desse uso.

No contrato renovado, as partes estariam sujeitas às prestações comuns dos contratos locativos. Nessa senda, como ficaria a disciplina jurídica do contrato renovado? As partes continuariam obrigadas às disposições contratuais do *built to suit* firmado anos atrás? Ou porque adimplida e exaurida a prestação da empreitada, as partes deveriam estar obrigadas às disposições da Lei 8.245/91? Prevaleceriam, nesse caso, as disposições do contrato que foi renovado ou o que determina a Lei 8.245/91?

Mais do que isso. Mesmo tratando de uma renovação consensual, estando as partes sujeitas apenas às prestações da locação comercial, poderiam tentar renovar o contrato *built to suit*?

Em nossa opinião, não estando presente a prestação da locação, a renovação (seja compulsória ou consensual) impõe às partes a sujeição às determinações de um contrato de locação comercial regido pela Lei do Inquilinato.

Não nos parece correto que, no contrato renovado, prevaleceriam as disposições contratuais de um contrato que, originalmente, possuía prestações da locação e da empreitada. De fato, renovado o contrato, algumas disposições comumente verificadas nos contratos *built to suit* não fariam sentido.

³⁰⁰ Sem prejuízo, as partes poderiam consignar que, uma vez renovado o contrato, o novo valor atribuído ao aluguel seria calculado por um *expert*.

É o caso, por exemplo, do pagamento da multa integral em caso de denúncia vazia pelo ocupante. O pagamento da multa integral no contrato *built to suit* faz todo o sentido porque, como visto anteriormente, o proprietário faz vultuosos investimentos na construção ou reforma do imóvel. Daí porque, sendo denunciado o contrato de forma prematura, garante-se ao proprietário uma reparação pré-fixada pelas partes. Contudo, no contrato renovado, o proprietário não mais constrói ou reforma: apenas cede uso do empreendimento já construído, cujo investimento da empreitada inclusive já recuperado pelo proprietário.

Imaginemos, portanto, um contrato *built to suit* firmado pelo prazo de 20 anos. Findo o contrato, o ocupante obtém uma sentença autorizando a renovação contratual por mais 10 anos. Ocorre que, no terceiro ano de vigência do novo contrato, o país é assolado por uma crise econômica, que obriga o ocupante deixar o imóvel. Faria sentido, nesse caso, porque realizada a denúncia antecipada, que o ocupante estivesse obrigado ao pagamento da multa integral, originalmente estabelecida no contrato *built to suit*?

A multa originalmente fixada no contrato *built to suit* tem por objetivo indenizar o proprietário que possivelmente ainda não recuperou o investimento realizado em virtude da denúncia antecipada pelo ocupante. Essa circunstância é bastante diferente na denúncia do contrato renovado. O proprietário recuperou o investimento ao longo do curso do contrato *built to suit*. Não haveria razão para que o ocupante fosse obrigado ao pagamento de multa integral em caso de denúncia antecipada do contrato renovado que já não possui mais a prestação da empreitada.

Reafirmamos, portanto, que no contrato renovado, porque já não presente a prestação da empreitada, as partes ficam sujeitas às disposições da Lei 8.245/91, porque agora estão diante de um contrato típico de locação comercial e não um contrato atípico de *built to suit*. Fosse entendido o contrário, estaríamos permitindo que as partes, mesmo nos contratos típicos, fugissem das determinações impostas pela lei.

A questão de fato não é simples. Tratando-se de uma renovação consensual, fácil imaginarmos que as partes, por uma questão de segurança, teriam interesse na redação de um novo contrato, agora adaptado às determinações da Lei do Inquilinato. Mas e se a renovação for compulsória, ou seja, determinada por sentença? As partes estariam obrigadas às disposições do contrato anterior, mas adaptado às limitações impostas pela Lei do

Inquilinato? Parece-nos que o legislador não refletiu com cautela a respeito de tal questão quando da edição da Lei 12.744/2012.

Ressalte-se, inclusive, que a renovação do contrato poderia criar uma situação *sui generis*. É possível imaginar que a renovação contratual estabeleça uma remuneração mensal (agora, certamente, intitulada de aluguel) inferior àquela estabelecida inicialmente no contrato *built to suit*. Isso porque já não se remunera mais pela construção ou aquisição do imóvel, mas apenas a cessão do uso. Ainda que o ocupante tenha renunciado à possibilidade de revisão da remuneração no contrato *built to suit*, porque o contrato renovado é um novo contrato (locação), aquela disposição já não se aplica mais e, tratando-se de uma renovação compulsória, deverá o Juiz se atentar a esse fato, o que pode resultar num locativo inferior ao contrato *built to suit*. Caso a renovação seja consensual, o novo valor pode ser livremente fixado pelas partes.

5.3 Contrato *built to suit* e a ação de despejo

Como já mencionado, o texto legal não admite que as partes renunciem ao direito de propositura da ação de despejo. Ademais, a jurisprudência, no âmbito dos contratos de *shopping center*, também determina que as ações de despejo devem ser aplicáveis³⁰¹.

Ocorre que o procedimento da ação de despejo também suscita dúvidas, quando aplicadas aos contratos *built to suit*.

³⁰¹ “LOCAÇÃO - ESPAÇO EM "SHOPPING CENTER" - TAXATIVIDADE DO ELENCO DO § ÚNICO DO ART. 1º DA LEI Nº 8.245/91 - CONSEQÜENTE APLICAÇÃO DA LEI DO INQUILINATO AO CONTRATO CELEBRADO - EXISTÊNCIA DE OUTROS DISPOSITIVOS QUE TRATAM EXPRESSAMENTE SOBRE A HIPÓTESE - AÇÃO CABÍVEL PARA A RETOMADA DA ÁREA - DESPEJO - LIMINAR CONCEDIDA NA AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE CASSADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - É taxativo o rol do art. 1º, § único da Lei nº 8.245/91. Se exemplificativo fosse, teria o legislador incluído, no texto do parágrafo transcrito, expressões que indicassem que as hipóteses ali elencadas não passam de elucidação de uma determinada espécie de locação, sobre a qual aplica-se tão somente a Lei Civil. Alternativamente, teria inserido alínea adicional, negando expressamente a natureza “*numerus clausus*” do dispositivo. II - A locação de espaço em “shopping center” não se encontra no elenco do supracitado dispositivo, devendo o pacto submeter-se à Lei do Inquilinato. III - Ademais, o art. 54 do mesmo Estatuto é claro quanto à sua aplicação nas relações entre lojistas e empreendedores daquele tipo de estabelecimento. IV - A ação cabível para a retomada do espaço locado - “stand” em “shopping center” - é a de despejo. V - Recurso conhecido e provido”. (REsp 424.936/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2005, DJ 04/04/2005, p. 335).

Uma delas é saber se, nas hipóteses de concessão de liminar, dispostas no art. 59, § 1º, da Lei do Inquilinato, o proprietário deverá prestar caução pela remuneração mensal paga pelo ocupante ou poderá requerer a liminar realizando o pagamento do valor decorrente apenas da cessão do uso, o que, em tese, corresponderia ao aluguel, mencionado no art. 59, § 1º, da Lei do Inquilinato.

A indagação faz sentido porque, como já verificado nesse trabalho, nos contratos *built to suit* o ocupante remunera o proprietário pela aquisição, reforma ou construção + a cessão do uso da coisa. As partes podem, inclusive, contratualmente, separar o valor correspondente pela cessão do uso da coisa e o valor correspondente pela construção. Todavia, não é a prática contratual.

Caso o contrato tenha separado os valores de cada prestação, em nosso entendimento, a caução a ser prestada pelo proprietário poderia se valer do valor da remuneração correspondente apenas à cessão do uso e não pelo valor total da remuneração. Não havendo distinção dos valores, poderia o proprietário pleitear uma redução de valores para a caução referida no art. 59, § 1º, da Lei do Inquilinato? Parece-nos que sim, desde que seja apresentado um critério técnico ao Juiz, indicando a separação dos valores. Eventualmente, diga-se, poderia até mesmo ser determinada prova pericial para que fosse estimado o valor decorrente apenas da cessão do uso daquele contrato.

De todo modo, veja-se que a determinação contida no dispositivo da Lei 8.245/91 é incongruente com a lógica do contrato *built to suit*. Ao contrato de locação, sobretudo residencial, a norma faz sentido. Todavia, no contrato *built to suit*, caberia as partes ter liberdade para consentirem como seria a retomada do imóvel em caso de descumprimento de uma das partes. Até porque, diga-se, grande parte dos contratos *built to suit* estão submetidos à arbitragem.

Esses são alguns problemas decorrentes dos procedimentos da Lei do Inquilinato quando aplicados aos contratos *built to suit*. Em nossa opinião, porque um contrato atípico misto, o art. 54-A não deveria dispor que prevalecem os procedimentos da Lei 8.245/91. Deveria ser permitida liberdade total para que os contratantes e não apenas a possibilidade de renunciarem apenas a ação revisional. Quisessem as partes a aplicação dos procedimentos referidos na Lei, deveriam ter plena liberdade para fazê-lo, mediante estipulação contratual.

PARTE IV – QUESTÕES RELEVANTES E NOVAS MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO DO *BUILT TO SUIT*

1) *Built to suit* e o registro imobiliário

Segundo Maria Helena Diniz³⁰², o objetivo precípua do registro imobiliário é a obtenção da aquisição da propriedade *inter vivos*, pois o contrato a título oneroso ou gratuito apenas produzirá efeitos pessoais ou obrigacionais.

De fato, nos termos do art. 1.227, do Código Civil, os “direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos”. No mesmo diapasão, o art. 1.245 estabelece que “transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no registro de imóveis”.

Mas o registro imobiliário não se presta apenas para aquisição da propriedade. Alguns direitos *pessoais* adquirem oponibilidade *erga omnes* e, por consequência, eficácia real, quando submetidos a registro. É o caso, por exemplo, do direito de preferência do locatário na aquisição do imóvel locado (art. 33, da Lei do Inquilinato) ou, ainda, a possibilidade de o locatário se opor à denúncia vazia ao adquirente do imóvel locado, na ocorrência de cláusula de vigência (art. 8º, da Lei 8.245).

Para ambas as hipóteses, expressamente, a Lei de Registros Públicos (6.015/73) autoriza o registro do contrato de locação (contrato de locação no qual tenha sido consignada cláusula de vigência - art. 167, inciso I, 3 e contrato de locação, para fins de exercício de direito de preferência – art. 167, inciso II, 16).

O registro imobiliário do contrato de locação gera oponibilidade *erga omnes* em relação a terceiros já que a publicidade terá aptidão para resguardar os direitos e a boa-fé daquele que tem garantido direitos na Lei e no contrato.

³⁰² DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de Registro de Imóveis*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

Assim, por exemplo, caso o contrato esteja registrado no assento imobiliário, o locatário preterido no seu direito de preferência poderá, no prazo de seis meses, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado (art. 33, da Lei do Inquilinato). Não estando registrado o contrato, o locatário que não teve preferência na aquisição do imóvel terá apenas direitos pessoais para opor contra o locador (perdas e danos).

Da mesma forma, no caso de alienação do imóvel locado, nada poderá fazer o locatário para permanecer no imóvel, em caso de denúncia pelo novo proprietário. Todavia, se o contrato estiver registrado e contiver cláusula de vigência, o novo proprietário deverá se submeter ao contrato firmado anteriormente pelo proprietário anterior, não podendo realizar a denúncia contratual.

Assim, embora o contrato de locação não transfira a propriedade ao locatário, razão pela qual não há necessidade do registro imobiliário, alguns direitos pessoais, quando do registro, adquirem oponibilidade *erga omnes* e eficácia real. Nesses termos, ainda que não seja requisito de validade ou eficácia da locação, o registro do contrato é uma opção ao locatário para resguardar direitos perante terceiros.

Mesmo sendo uma opção que resguarde direitos relevantes ao locatário, a maioria dos contratos de locação não são levados a registro, no Brasil. Quando são levados a registro, normalmente os contratos referem-se a locações comerciais, da qual o ocupante é uma empresa, indústria, fábrica e assim por diante. Nesses casos, as sociedades empresárias querem maiores garantias de que permanecerão no imóvel durante o prazo determinado do contrato e, havendo interesse do locador na alienação do imóvel, querem resguardar o direito de preferência na aquisição do bem.

Pois bem.

Resta verificarmos, agora, a possibilidade de registro do contrato *built to suit*. Fosse um contrato de locação, como muitos defendem, não haveria, a princípio, qualquer óbice ao Cartório de Registro de Imóveis realizar o registro, porque a Lei, como visto, expressamente assim o admite.

Ocorre que, nos termos de nossos entendimentos, o contrato *built to suit* é um contrato atípico. Ainda que seja um contrato atípico, nada obsta que o ocupante tenha interesse em resguardar seus direitos perante terceiros. Ainda que a Lei do Inquilinato tenha uma aplicação subsidiária nos contratos *built to suit*, nada proíbe que ocupante e proprietário estabeleçam, no contrato, o direito de preferência em favor do ocupante, numa aplicação analógica do art. 33, da Lei do Inquilinato (ou, ainda, do art. 513, do Código Civil).

Da mesma forma, poderiam as partes estabelecer cláusula de vigência, asseverando que no caso de alienação da propriedade, o novo proprietário deveria respeitar o prazo fixado no contrato, não lhe autorizando realizar denúncia vazia no transcorrer da avença. A considerar que o imóvel é construído sob medida ao ocupante, a garantia de que poderá ocupar o imóvel durante o prazo determinado no contrato é bastante relevante ao ocupante, razão pela qual é fácil visualizar seu interesse em dar eficácia real à cláusula de vigência do contrato³⁰³.

O registro do contrato também pode ser relevante quando o empreendimento imobiliário é erigido em razão de direito de superfície concedido pelo proprietário ao empreendedor-superficiário. Nessa circunstância, em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições, nos termos do art. 1.373, do Código Civil³⁰⁴.

Por se tratar de direito real concedido ao superficiário (de forma gratuita ou onerosa), embora o ocupante esteja na posse direta do imóvel, havendo interesse do proprietário alienar a propriedade, parece-nos que o direito de preferência do ocupante é subsidiário, ou

³⁰³ Esse, também, o entendimento de Rodrigo Leonardo Xavier (LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato *built to suit*. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016, p. 450).

³⁰⁴ O Código Civil não prevê especificamente prazo e demais decorrências para exercício da preferência decorrente da existência de superfície. Segundo Luciano Camargo Penteado, por “coerência sistemática” deve-se entender que o prazo é o mesmo da compra e venda de imóveis, com pacto de preempção, qual seja, sessenta dias, havendo notificação prévia para exercício do direito potestativo do art. 516, do Código Civil. Se não houver notificação, Luciano Camargo Penteado afirma que deve ser aplicado, por analogia, o art. 33, da Lei do Inquilinato, que prevê o prazo de seis meses da data do registro da alienação (PENTEADO, Luciano Camargo de. *Direito das coisas*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 514). Esse entendimento, contudo, não é unânime. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald asseveram que a analogia deve ser aplicada ao art. 504, do Código Civil, que trata da preferência do condômino, preterido no direito de aquisição da coisa, da qual se autoriza que ele poderá, depositando o preço, haver a coisa para si (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6ª ed. Salvador: Lumen Juris, 2010. p. 421).

seja, deve ser verificado, em primeiro lugar, o interesse do superficiário na aquisição da propriedade.

Contudo, estando registrado o contrato *built to suit*, no caso de inexistir interesse do superficiário, imediatamente o direito de preferência teria de ser conferido ao ocupante, numa aplicação analógica ao que determinar o art. 33, da Lei do Inquilinato.

Se o direito de preferência não tiver sido conferido ao ocupante, por analogia ao disposto no art. 33, poderia o ocupante depositar o preço e haver para si a propriedade, desde que o contrato *built to suit* estivesse registrado na matrícula do imóvel. Veja-se, portanto, um exemplo claro do interesse do ocupante ver registrado o contrato *built to suit* na matrícula do imóvel.

Todavia, a considerar a atipicidade do *built to suit*, resta saber se esse contrato poderia ser registrado ou não. Poderia um contrato atípico, fora do rol do art. 167, da Lei 6.015/73, ser registrado no assento imobiliário?

Maria Helena Diniz³⁰⁵ defende que apenas serão registrados os imóveis se os títulos a ele concernentes disserem respeito aos direitos reais previstos na Lei 6.015/73. Segundo a autora, ao receber o documento, o oficial deve verificar se está contido no rol dos que a lei permite o assentamento³⁰⁶.

Da mesma forma, Luiz Guilherme Loureiro³⁰⁷ afirma que somente podem ser objeto de registro os atos expressamente previstos em lei. O rol previsto no art. 167, inciso I, da Lei dos Registros Públicos, segundo o autor, é considerado *numerus clausus*³⁰⁸.

A justificativa desse autor, contudo, não nos convence. Segundo Loureiro³⁰⁹, a enumeração taxativa dos direitos registráveis justifica-se porque interessa ao sistema

³⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de Registro de Imóveis*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 68.

³⁰⁶ No mesmo sentido, Walter Ceneviva defende que pode ser objeto de assentamento imobiliário apenas o título que, por lei, seja obrigado a esse registro. Para o autor, se inexistente a previsão legal, o registro não pode ser feito. (CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 370).

³⁰⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. 589.

³⁰⁸ A respeito do tema, sugere-se a leitura de GONDINHO, André Pinto da Rocha Osorio. *Direitos reais e autonomia da vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³⁰⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. 589.

registrar, notadamente, o ingresso de títulos que efetivamente impliquem mutação jurídico-real do imóvel. Ainda segundo Loureiro³¹⁰, a recepção de outros títulos não é possível porque o registro nada lhes acrescentaria de útil; salvo quando a lei expressamente dispuser em contrário.

Esquece-se o autor, contudo, a enorme relevância e segurança jurídica que o registro de um contrato *built to suit* ou *time sharing* (multipropriedade) por exemplo, traria aos contratantes. O registro, reitera-se, não serve apenas para a finalidade de aquisição da propriedade, mas também como forma de dar oponibilidade e eficácia *erga omnes* a direitos pessoais.

Assim, caso as partes estabeleçam no contrato o direito de o ocupante adjudicar o imóvel no caso de ser preterido no direito de preferência, não sendo possível o registro desse contrato, o ocupante não poderá opor esse direito real em face do adquirente. Perderá o ocupante o direito de adjudicar o bem, podendo apenas ingressar com ação indenizatória.

Embora criticável o posicionamento que reputa *numerus clausus* o elenco de atos registráveis constantes do art. 167, inciso I, da Lei 6.015/73, parece ser o entendimento majoritário da doutrina. Afrânio de Carvalho³¹¹, por exemplo, em posição muito próxima de Luiz Guilherme Loureiro, afirma que não são recebíveis os títulos que se achem fora da numeração do dispositivo legal. A regra dominante, segundo Carvalho³¹², é a de que não é inscritível nenhum direito que mediante a inscrição não se torne mais eficaz do que sem ela.

A posição de Luiz Guilherme Loureiro, Maria Helena Diniz, Afrânio de Carvalho, Walter Ceneviva e outros é bastante firme no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo. Recentemente, o Juiz Assessor da Corregedoria, Swarai Cervone de Oliveira, afirmou que “o rol dos atos suscetíveis de registro é taxativo, quer dizer, a enumeração é *numerus clausus*”. Esse parecer foi aprovado pelo Corregedor Geral de Justiça, Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, em decisão datada de janeiro de 2016³¹³.

³¹⁰ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. 589.

³¹¹ CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 263-265

³¹² CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 263-265

³¹³ Recurso Administrativo nº 184953/2015, julgado em 27 de janeiro de 2016.

Da mesma forma, a Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo negou registro de alienação fiduciária de lavoura, asseverando que “as hipóteses de registro são previstas, de modo taxativo, nos diversos itens do inciso I, do art. 167, da Lei de Registros Públicos”³¹⁴.

Também já se negou o registro do arrendamento rural porque foi entendido que referido contrato “não figura no rol de atos registráveis do art. 167 da Lei de Registros Públicos, de maneira que não há possibilidade de efetivação do registro”³¹⁵.

Noutro julgado, que também negou o registro de contrato de arrendamento rural, restou asseverado o seguinte:

os direitos registráveis são taxativamente fixados pela lei, constituem *numerus clausus*, não cabendo a ampliação do rol dos atos e negócios inscritíveis, vedada a aplicação de analogia para alargamento das hipóteses legais. O arrendamento rural, por seu índice distinto de tipicidade, difere da locação, razão pela qual o seu ingresso no registro imobiliário é vedado. [...] Não cabe, portanto, ao juiz ou a qualquer outro interessado ampliar o rol dos atos inscritíveis no sistema registrário, vedada a aplicação de analogia para alargar as hipóteses legais.³¹⁶

O posicionamento da doutrina majoritária e do Tribunal de Justiça de São Paulo não nos parece acertado. Não estamos sozinhos. Parte da doutrina também critica a interpretação fechada da Lei dos Registros Públicos, onde apenas os títulos ali asseverados é que seriam passíveis de registro.

Nesse sentido, o Tabelaão Carlos Kennedy da Costa Leite³¹⁷, em artigo recentemente publicado, critica a doutrina que não autoriza o registro de contratos atípicos. Segundo o

³¹⁴ Decisão disponível em COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O ingresso dos contratos atípicos no registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. v. 79, ano 38. P. 33-83. São Paulo: Revista dos Tribunais. Julho-dezembro 2015. p. 60.

³¹⁵ Processo nº 2010/00083224, Parecer de Gabriel Pires de Campos Sormani, aprovado pelo Corregedor Desembargador Hamilton Elliot Akel em 25 de fevereiro de 2015. No mesmo sentido: "Registro de Imóveis - Contrato de arrendamento rural - Inviabilidade de seu registro - Natureza exaustiva do rol constante no inciso I do artigo 167 da Lei 6.015/73 - Inconfundibilidade com o contrato de locação - Decisão mantida" (Ap. n. 32.930.0/3, rei. Des. Márcio Martins Bonilha).

³¹⁶ Conselho Superior da Magistratura, Apelação Cível 32.930-0/3, Rel. Márcio Martins Bonilha, j. 15 de agosto de 1996.

³¹⁷ COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O ingresso dos contratos atípicos no registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. v. 79, ano 38. P. 33-83. São Paulo: Revista dos Tribunais. Julho-dezembro 2015. p. 70.

autor, o direito registral está enquadrado no ordenamento jurídico, como direito adjetivo ou formal, tendo em conta que se presta a instrumentar o direito civil. Nesse diapasão, segundo Costa Leite, é possível concluir que a Lei de Registros Públicos é norma de direito adjetivo, cuja função é oferecer subsídios instrumentais aos comandos do Código Civil e da legislação de cunho substantivo civil. Assim, completa o autor, sendo a Lei de Registros Públicos norma de direito instrumental, não pode se arvorar, como querem alguns, a disciplinar ou liminar institutos de direito material.

O entendimento de Costa Leite nos parece o mais acertado³¹⁸. De fato, a proibição de registro de um contrato única e exclusivamente com fundamento numa interpretação dada ao art. 167, inciso I, da Lei dos Registros Públicos, pode limitar direitos dos contratantes.

Concordamos com Costa Leite³¹⁹ quando afirma que a possibilidade de registro de determinado título ou a rejeição de seu acolhimento no fôlio real deve passar pela análise das normas de direito material, inclusive para se aferir se a recusa de registro de um título não se traduz em agressão a direitos garantidos pelo Código Civil.

De fato, parece-nos que ao prevalecer o entendimento de que a Lei de Registros Públicos impõe a taxatividade dos títulos que podem ser registrados, há um cerceamento na autonomia privada e na liberdade contratual dos contratantes. Sendo o negócio jurídico válido e eficaz, não há justificativas para que o sistema jurídico apresente barreiras para a transferência da propriedade ou para a constituição de direitos reais por atos *inter vivos*.

O Código Civil permite que as partes celebrem contratos atípicos (art. 425). Ademais, inexistente qualquer limitação para que sejam firmados contratos atípicos versando sobre a

³¹⁸ No mesmo sentido, Arthur Rios assevera que “tudo que é direito real são coisas que têm de ser registradas, desde que se trata de bens de raiz ou bens imóveis. Se não se registra, não se tem o direito real. [...] Seria justo o registro imobiliário não registrar um contrato de *leasing* imobiliário? O registro é para ser uma reprodução fiel dos negócios imobiliários e para conhecimento de todos. A enumeração é exemplificativa, pois nada impede que registros outros sejam efetivados. (RIOS, Arthur. *Manual de direito imobiliário*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 129). Em outra oportunidade, o mesmo autor afirma que “no registro imobiliário brasileiro, a adoção do princípio do *numerus clausus*, ou de somente se levar ao fôlio registral os casos tipificados da lei é negativa da autonomia da vontade. É a adoção do intervencionismo estatal sem lei prévia determinando-o. É o engessamento desnecessário do direito, diante de reclamos sociais em sentido contrário” (RIOS, Arthur. *Time sharing ou propriedade compartilhada*. *Revista da OAB Goiás*. Ano XII, n. 36, Goiânia, 1998. Disponível em <http://www.oabgo.org.br/Revistas/36/juridico6.htm>. Acesso em 18 de agosto de 2016).

³¹⁹ COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O ingresso dos contratos atípicos no registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. v. 79, ano 38. P. 33-83. São Paulo: Revista dos Tribunais. Julho-dezembro 2015. p. 71.

transferência de propriedade ou a constituição de direito real. Nesses termos, defendemos a posição (ainda que minoritária) que permite o registro de contratos atípicos e fora do rol de títulos explicitado no art. 167, inciso I, da Lei dos Registros Públicos.

Não se perca de vista, também, que a prática do direito imobiliário demonstra que a interpretação que se tem dado ao art. 167, da Lei dos Registros Públicos, faz com que os contratantes, visando ao registro do título, embora firmem um contrato fora do rol do dispositivo, acabam por nomeá-lo como um dos contratos ali previstos.

Situação corriqueira é narrada por Carlos Kennedy da Costa Leite³²⁰ em que as partes, buscando uma “solução salvadora”, embora estejam diante de um contrato de promessa de *permuta* (título não previsto no rol do art. 167, da Lei 6.015/73), acabam intitulado o negócio jurídico como instrumento particular de *venda e compra* (previsto no art. 167, inciso I, nº 9), única opção que teriam para registrar o título e obter oponibilidade *erga omnes*.

O direito não pode admitir que as partes, simulando uma situação jurídica, obtenham para si o registro do título que, tivessem agido de forma lícita, não teriam conseguido.

Em nosso entender, portanto, embora o contrato *built to suit* seja um contrato atípico, nada obsta que o mesmo seja registrado no cartório imobiliário. Ao contrário, somente com o registro é que se permite ao ocupante, por exemplo, obter oponibilidade *erga omnes* a direitos pessoais, tais como direito de adjudicar o imóvel em caso de ser preterido na venda, bem como o direito de obstar a denúncia vazia pelo novo proprietário, caso o contrato possua cláusula de vigência.

Por fim, consigne-se que não haverá controvérsias a respeito da possibilidade de registro do contrato *built to suit* no cartório de títulos e documentos³²¹.

³²⁰ COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O ingresso dos contratos atípicos no registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. v. 79, ano 38. P. 33-83. São Paulo: Revista dos Tribunais. Julho-dezembro 2015. p. 71.

³²¹ Ademais, como visto anteriormente, quando do trâmite legislativo, o art. 54-A tinha em seu texto a proposição do § 3º, que dizia “os valores relativos aos aluguéis a receber até o termo final contratado serão livremente negociáveis pelo locador junto a terceiros, desde que devidamente registrado o contrato de locação no registro de títulos e documentos da situação do imóvel, na forma dos arts. 286 a 298 do Código Civil, responsabilizando-se o locatário e eventuais garantidores pelo respectivo adimplemento”. Referido dispositivo foi sofreu veto presidencial. Como justificativa ao veto asseverou-se que “ao exigir que o contrato seja levado

Ocorre que o registro do título no cartório de notas funciona meramente como um arquivo de documentos destinados a oferecer publicidade, oferecendo o acesso a informações contidas no documento e possibilitando meios de prova, mas sem conferir direitos reais ou oponibilidade contra terceiros.

ao Registro de Títulos e Documentos, o dispositivo cria ônus adicional, contrário à própria finalidade do projeto. Ademais, a supressão do dispositivo não obstrui a cessão de crédito nos termos da legislação vigente”.

2) Securitização do contrato *built to suit*

A operação financeira envolvendo um empreendimento *built to suit* como se pode imaginar, pode demandar valores bastante elevados. O ocupante, naturalmente, procura firmar o contrato *built to suit* justamente para se ver livre dos custos envolvendo a aquisição de um terreno e a construção do empreendimento. Além disso, porque sua atividade não é relacionada à construção civil, o ocupante quer delegar as tarefas da construção a quem efetivamente possui tal competência.

O investidor imobiliário, por sua vez, pode ter interesse em internalizar todo o custo para aquisição e construção dentro de sua própria empresa, gerando assim, um fluxo de recebíveis regulares de longo prazo. Todavia, alguns investidores imobiliários, por razões próprias, podem optar por obter capital com terceiros, sejam instituições financeiras, sejam outros investidores. Uma das formas em se obter recursos de terceiros para levar o projeto a diante é justamente a securitização.

Segundo Melhim Namem Chalhub³²², securitização designa um processo no qual se implementa uma série de atos e negócios jurídicos, iniciando-se com a cessão de direitos creditórios, seguida da emissão de títulos e sua colocação no mercado secundário. Segundo Chalhub, não se trata de simples emissão de títulos, cuja garantia seria o ativo do patrimônio geral da sociedade emissora; antes, é uma emissão qualificada pela vinculação entre o título emitido e os créditos que lastreiam a emissão.

A securitização se qualifica pela existência de um lastro constituído por créditos do ativo da companhia securitizadora, cujo produto é destinado, com exclusividade, ao resgate dos títulos a que estiverem vinculados³²³.

³²² CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais: estudos e pareceres*. Renovar: Rio de Janeiro, 2012. p. 460.

³²³ Uinie Caminha afirma que sob a ótica jurídica, a securitização pode ser definida como estrutura composta por um conjunto de negócios jurídicos – ou um negócio jurídico indireto – que envolve a cessão e a segregação de ativos em uma sociedade, ou um fundo de investimento, que emite títulos garantidos pelos ativos segregados. Esses títulos são vendidos a investidores e os recursos coletados servem de contraprestação pela cessão de ativo (CAMINHA, Uinie. *Securitização*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 38).

Securitização, como se vê, ao contrário do que se imagina, não possui relação com a ideia de seguro. Na realidade, explica Chalhub³²⁴, a operação teve origem nos Estados Unidos, onde recebeu a designação *securitization*, formada a partir do vocábulo *security*, mas que foi empregada no Brasil como *securitização*.

Com o desenvolvimento do mercado imobiliário, sobretudo após a edição da Lei 9.514/97, a securitização passou a ser utilizada com maior frequência por empreendedores, sobretudo na incorporação imobiliária.

Chalhub³²⁵ afirma que a incorporação imobiliária caracteriza-se pela venda, durante a construção, de unidades imobiliárias que comporão edificações coletivas. Em geral, o preço é pago parceladamente, de modo que no curso normal dos negócios da empresa incorporadora vai se formando uma carteira de créditos decorrentes das vendas de apartamentos. Considerando que esses créditos são realizados a longo prazo, valendo-se da ideia de securitização, a empresa pode antecipar essas receitas como meio de acelerar sua atividade produtiva.

Assim, inicia-se o processo de securitização mediante a cessão desses créditos a uma companhia securitizadora que, já na condição de titular desses direitos creditórios, emitirá títulos neles lastreados e colocará esses valores mobiliários no mercado de capitais, completando o processo de captação destinando ao financiamento da atividade da empresa incorporadora³²⁶.

Ao viabilizar a absorção, pelo mercado investidor, do financiamento de longo prazo concedido aos compradores de apartamentos, a securitização proporciona à empresa incorporadora antecipação das receitas das vendas, com a qual ela poderá iniciar desde logo novos empreendimentos, imprimindo ritmo mais acelerado ao ciclo produtivo³²⁷.

³²⁴ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais: estudos e pareceres*. Renovar: Rio de Janeiro, 2012. p. 461.

³²⁵ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais: estudos e pareceres*. Renovar: Rio de Janeiro, 2012. p. 259.

³²⁶ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais: estudos e pareceres*. Renovar: Rio de Janeiro, 2012. p. 462.

³²⁷ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais: estudos e pareceres*. Renovar: Rio de Janeiro, 2012. p. 462.

Além disso, do ponto de vista do incorporador, o acesso a essa fonte alternativa de financiamento reduz custos, sobretudo porque os valores envolvidos são bastante inferiores se comparados ao financiamento obtido mediante taxa de juros aplicada por instituições financeiras.

Da mesma forma, a securitização pode ser um investimento muito interessante para pessoas físicas e jurídicas, seja em razão de maior rentabilidade e segurança, uma vez que o título é lastreado num empreendimento imobiliário. Além disso, desde a edição da Lei 11.196/2005, os rendimentos advindos dos CRIs são isentos de imposto de renda para os investidores que sejam pessoas físicas.

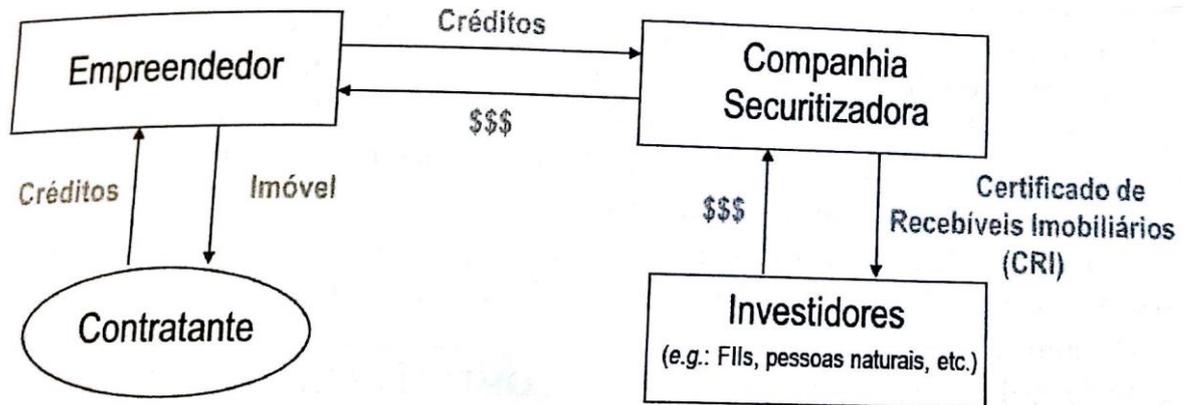
A Lei 9.514/97, que estabeleceu o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), definiu, no art. 8º, a securitização de créditos imobiliários como “operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Créditos, lavrado por uma companhia securitizadora”.

A intenção da Lei, segundo Fernanda Henneberg Benemond³²⁸ foi fomentar o mercado imobiliário brasileiro, facilitando o acesso dos originadores de crédito imobiliário ao mercado de capitais, em melhores condições do que aquelas obtidas pelo financiamento bancário. Assim, com a criação do SFI, permitiu-se o acesso de construtoras, incorporadoras e instituições financeiras originadoras de créditos imobiliários ao mercado de capitais.

Como forma de facilitar o entendimento da securitização de recebíveis imobiliários, Fernanda Hanneberg Benemond³²⁹ desenvolveu o seguinte quadro:

³²⁸ BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos Built to Suit*. São Paulo: Almedina, 2013. p. 52.

³²⁹ BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos Built to Suit*. São Paulo: Almedina, 2013. p. 53



Aplicando-se a securitização de recebíveis imobiliários ao contrato *built to suit*, permite-se que o empreendedor imobiliário consiga antecipar a receita que adviria do ocupante, normalmente a prestações em longo prazo, transformando esse numerário em ativos financeiros negociáveis à vista, propiciando ao empreendedor dispor desses ativos para novos empreendimentos³³⁰.

Outro benefício é que no contrato *built to suit*, normalmente o ajuste firmado entre as partes é que o ocupante só inicia a remuneração ao empreendedor após o recebimento das chaves. Assim, durante o curso da obra, o empreendedor não consegue obter nenhuma receita. A securitização propicia ao empreendedor antecipar os recebíveis ainda no curso da obra, o que certamente pode auxiliar com os custos envolvendo a construção do empreendimento.

De forma bastante didática, Rodrigo Ruete Gasparetto afirma que o contrato *built to suit* funciona como lastro imobiliário para que o patrocinador do projeto (empreendedor imobiliário) transfira, por meio de instrumento próprio (contrato de cessão de créditos) a uma companhia securitizadora essa expectativa de recebimento futuro dos créditos imobiliários, que, simultaneamente, irá outorgar ao patrocinador do projeto o montante representativo de fluxo de recebimento do contrato *built to suit*, descontando o valor presente; bem como irá, por meio de uma operação de securitização, emitir um título

³³⁰ Como bem ressaltado por Rodrigo Leonardo Xavier, o projeto *built to suit* ostenta internamente componentes que facilitam o acesso ao crédito, seja pela garantia real sobre o imóvel construído ou reformado, seja pela estabilidade do fluxo de caixa e de uma expressiva capacidade de recuperação. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato *built to suit*. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016, p. 424).

denominado Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRIs)³³¹, correspondente aos direitos de recebimento do fluxo de créditos do contrato *built to suit*, que deverá ser negociado no mercado financeiro de capital.

Em grandes empreendimentos, a securitização certamente é um mecanismo que facilita a realização de contratos *built to suit*, trazendo benefícios não apenas ao empreendedor, mas também ao ocupante, uma vez que a antecipação de recebíveis é mais um fator que traz segurança para que a obra seja finalizada. Além disso, a emissão de certificados recebíveis também é um benefício aos investidores do mercado financeiro, que podem se valer de uma forma interessante de investimento, com bastante segurança jurídica e rendimentos isentos de imposto de renda.

³³¹ Segundo a CVM, entre janeiro de 2014 e janeiro de 2015, foram registradas noventa e três operações onde foram emitidos certificados recebíveis, somando, juntas, R\$ 11.200.455.944,73 (onze bilhões, duzentos milhões, quatrocentos e cinquenta e cinco mil, novecentos e quarenta e quatro reais e setenta e três centavos). Disponível em: <http://cri.anbima.com.br/sistemas/siteestruturado.consultafundos/consultaCRI/versao/20160505/>. Acesso em 10 de setembro de 2016.

3) Contratos *built to suit* e a administração pública

O modelo do *built to suit* pode despertar o interesse da administração pública em firmar esse tipo de contrato com particulares. A possibilidade de não ter de despender elevado montante na aquisição e construção de um imóvel pode ser atrativo ao ente público. Além disso, a administração pública pode ser proprietária de imóvel a que queira dar destinação específica, mas não possui os valores para reforma/construção³³². A possibilidade de não ter a obrigação de despender custos elevados para levar adiante a construção de um auditório, escola ou creche é certamente muito interessante à administração pública.

André Luiz dos Santos Nakamura³³³ elenca algumas vantagens que justificam o uso do *built to suit* pela administração pública: (i) inexistência ou contingenciamento de dotação orçamentária para aquisição por compra ou desapropriação de bens imóveis; (ii) altos custos de reformas realizadas em imóveis alugados pela administração pública que não são revertidos ao patrimônio público; (iii) falta de imóveis que atendam às necessidades específicas dos entes públicos, visando a uma melhor prestação dos serviços públicos.

Além disso, segundo Nakamura³³⁴, num contexto em que o orçamento estatal é limitado, seja em razão da aplicação de percentuais mínimos do orçamento em áreas específicas, como saúde e educação, seja pelas limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, a imobilização de grandes parcelas de capital para pagamentos de indenização de desapropriações e posterior construção ou reforma de um imóvel não é a melhor alternativa ao melhor atendimento do interesse público.

³³² Reitere-se que, sendo a propriedade da administração pública, a construção do imóvel sob medida não implicaria em contrato *built to suit*, mas empreitada, pura e simplesmente. Isso porque não estaria presente a prestação da cessão do uso. Não sendo a empreiteira proprietária do terreno, finalizada a obra, não haveria a cessão do uso, mas apenas a entrega da obra erigida em terreno alheio. Para que seja configurado o *built to suit*, em nossa opinião, a administração pública deveria conferir, por exemplo, o direito real de superfície sobre o terreno, para que o empreendedor, agora sim, pudesse além de construir, ceder o uso do empreendimento ao ente público.

³³³ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. O *built to suit* como nova modalidade de contrato administrativo. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*. v. 10. n. 1, p. 138.

³³⁴ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. O *built to suit* como nova modalidade de contrato administrativo. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*. v. 10. n. 1, p. 138. O autor também cita que nos Estados Unidos da América, o GSA – General Services Administration, órgão cuja função é gerir os negócios imobiliários do governo, tem firmado contratos de *built to suit* por meio do qual o governo adquire a propriedade do terreno e das edificações por uma operação contratual semelhante ao *leasing*, após um prazo de 20 ou 30 anos de duração. (Disponível em: www.gsa.gov/portal/category/21879).

Seria, contudo, incompatível essa forma de contratação com o regime público das contratações? Segundo Marçal Justen Filho³³⁵, não existe impedimento a que a administração se valha da solução “da locação sob medida”. A considerar todas as vantagens listadas acima, defende o autor que essa prática pode ser extremamente vantajosa para o setor público.

Essa controvérsia foi solucionada pela Lei 13.190/2015, que alterou a Lei 12.462/2011 (e que instituiu o regime diferenciado de contratações públicas – RDC). A partir da nova redação da Lei 12.462/2011, o legislador expressamente admite a possibilidade de a administração pública firmar o contrato *built to suit* com particulares. Segundo prevê o art. 47-A,

a administração pública poderá firmar contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração³³⁶.

Sendo possível que a administração firme o contrato *built to suit* com particulares, resta saber se a contratação ficaria sujeita à licitação estabelecida na Lei 8.666/93.

A esse respeito, diga-se, merece atenção o quanto estabelece o art. 24, inciso X, da Lei 8.666/93, que autoriza a dispensa da licitação para “locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha [...]”. Essa exceção à dispensa da licitação refere-se ao modelo típico do contrato de locação. Poderia, contudo, ser estendida aos contratos *built to suit*?

³³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 434 *Apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato *built to suit*. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016, p. 453.

³³⁶ Atente-se que o regime jurídico do contrato *built to suit* firmado entre particulares e a administração pública pode ser diverso daquele anteriormente defendido neste trabalho, ou seja, quando o contrato é firmado entre duas empresas. Segundo André Nakamura, o regime jurídico administrativo contratual não se funda na igualdade das partes, mas na supremacia do interesse público sobre o privado, razão pela qual haverá a necessidade de adaptações do *built to suit* para que este possa ser um instrumento válido de obtenção de imóveis para o Poder Público e compatível com o regime de direito público dos contratos administrativos. (NAKAMURA, André Luiz dos Santos. O *built to suit* como nova modalidade de contrato administrativo. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*. v. 10. n. 1, p. 140).

Essa questão, aparentemente, estaria resolvida com a nova redação da Lei 12.462/2011, que estabelece no art. 47-A, § 1º, que “a contratação referida no *caput* sujeita-se à mesma disciplina de dispensa e inexigibilidade de licitação aplicável às locações comuns”.

Assim, expressamente, a lei autoriza (i) a possibilidade de a administração pública firmar com particulares o contrato *built to suit* e (ii) ainda permite a inexigibilidade³³⁷ da licitação.

Embora a Lei expressamente autorize a inexigibilidade da licitação, André Luiz dos Santos Nakamura³³⁸ afirma que, a despeito do § 1º, do art. 47-A, somente se a escolha do imóvel se der pela localização, não existindo outro imóvel que possa atender ao interesse da administração pública e a construção seja realizada diretamente pelo proprietário do terreno é que poderia ser realizada a contratação direta do *built to suit*. Isso porque, segundo o autor, a regra é a obrigatoriedade de licitar, salvo hipóteses previstas em lei, ou impossibilidade de competição, como única forma de assegurar a observância dos princípios de moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público.

Como forma de justificar situações em que haveria a necessidade de ser realizada a licitação, Nakamura³³⁹ exemplifica a hipótese onde haveria mais de um terreno onde se pudesse ser construído o imóvel. Além disso, outra forma de ser determinada a realização da licitação seria para a circunstância em que mais de uma empresa pudesse adquirir o terreno disponível (porque o proprietário não deseja ou não pode realizar diretamente a edificação) para realizar a edificação pretendida. Essa a interpretação, segundo Nakamura³⁴⁰, que deve ser dada ao art. 47-A, § 1º, da Lei 12.462/2011³⁴¹.

³³⁷ O termo “dispensa” foi criticado por André Luiz dos Santos Nakamura ao afirmar que, na verdade, a “dispensa” é um caso de inexigibilidade, em razão da inexistência de outro imóvel capaz de atender ao interesse público, motivo pela qual não há que se falar em licitação. (NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *O built to suit* como nova modalidade de contrato administrativo. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*. v. 10. n. 1, p. 144).

³³⁸ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *O built to suit* como nova modalidade de contrato administrativo. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*. v. 10. n. 1, p. 144.

³³⁹ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *O built to suit* como nova modalidade de contrato administrativo. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*. v. 10. n. 1, p. 145.

³⁴⁰ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *O built to suit* como nova modalidade de contrato administrativo. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*. v. 10. n. 1, p. 146.

³⁴¹ Essa também foi a interpretação dada pelo Tribunal de Contas da União, em consulta realizada antes da Lei 13.190/2015: “CONSULTA. CONTRATOS BUILT-TO-SUIT OU DE “LOCAÇÃO SOB MEDIDA”. QUESTIONAMENTOS ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 24, INCISO X, DA

Sem prejuízo da possível obrigatoriedade de ser realizada licitação para a contratação do *built to suit*, há necessidade de nos atentarmos ao que estabelece o art. 24, inciso X, da Lei 8.666/93, aplicável aos contratos típicos de locação. Segundo o dispositivo, a inexigibilidade da licitação nos contratos de locação requer que o aluguel mensal “seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia”. Esse mesmo dispositivo, segundo o art. 47-A, pode ser aplicado aos contratos *built to suit*.

A considerar as especificidades do contrato *built to suit*, bem como a forma como é calculada a remuneração mensal, que certamente difere do aluguel mensal do contrato típico de locação típico³⁴², a verificação de compatibilidade do preço requer maiores cautelas.

Segundo Rodrigo Xavier Leonardo³⁴³, o preço adequado ao uso no *built to suit* não pode tomar em conta os parâmetros verificáveis no mercado de locações, vez que (i) por se tratar de imóvel customizado aos interesses do usuário, em geral inexistem equivalentes em mercado de locação para uma rigorosa avaliação; (ii) o *built to suit* envolve um substancial investimento pelo empreendedor e, naturalmente, a retribuição pelo usuário não envolverá apenas a prestação pelo uso, mas também a recuperação e o lucro pelo investimento.

LEI Nº 8.666/1993. CONHECIMENTO. CONSIDERAÇÕES. APLICABILIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO SOMENTE EM CASOS EXCEPCIONAIS DEVIDAMENTE JUSTIFICADOS. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS. [...] 9.2. responder ao nobre Presidente do Conselho Superior da Justiça do Trabalho que, nos termos do art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/1993 c/c o art. 54-A da Lei nº 8.245/1991 (incluído pela Lei nº 12.744, de 19 de dezembro de 2012), a despeito de a realização de licitação dever ser a regra, **admite-se excepcionalmente a contratação direta de locação sob medida (operação built to suit), por meio de licitação dispensável fundada no art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666/1993, desde que, além da observância das demais disposições legais aplicáveis ao caso, o terreno onde será construído o imóvel seja de propriedade do particular que será o futuro locador;** 9.3. informar ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho que, adicionalmente, a administração pública **deverá demonstrar claramente que as necessidades de instalação e de localização condicionam a escolha de determinado imóvel e que o preço da locação se mostra compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia, bem assim que a junção do serviço de locação com a eventual execução indireta de obra apresenta economia de escala e que, por isso, tal locação sob encomenda não ofende o princípio do parcelamento do objeto, previsto no art. 23, § 1º, e no art. 15, IV, da Lei nº 8.666/1993, sem prejuízo de se destacar que tudo isso deve estar devidamente justificado nos autos do processo de licitação, por meio de estudos técnicos, pareceres e documentos comprobatórios, em respeito ao art. 50, IV, da Lei nº 9.784, de 1999**, cabendo à administração pública fazer prova da legalidade dos atos e da regularidade da despesa pública perante os órgãos de controle financeiro, em obediência ao disposto no art. 70, parágrafo único, da Constituição de 1988 e nos termos do art. 113 da Lei nº 8.666/1993”. (Tribunal de Contas da União, Processo nº 046.489/2012-6, Rel. André de Carvalho, j. 2013).

³⁴² A esse respeito, vide Parte III, capítulo 5, que cuida da renúncia da ação revisional da remuneração mensal, bem como a forma peculiar da formação do preço no contrato *built to suit*.

³⁴³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato built to suit. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016, p. 453.

Assim, a avaliação prévia a ser realizada para verificar a compatibilidade do preço de mercado deve se atentar às especificidades desse modelo contratual, que não poderá ser cotejado ao valor de locação mensal de um contrato típico de locação de um imóvel já construído.

Pois bem. Embora o valor da remuneração mensal do *built to suit* possa ser diverso daquele aplicado no contrato de locação comercial, a Lei 12.462/2011 impõe um limite a tal retribuição. Segundo o art. 47-A, § 3º, a remuneração mensal não poderá exceder 1% do valor do bem locado. A dificuldade de tal dispositivo é que no contrato *built to suit*, ao ser firmada a avença, ainda não há um imóvel construído ou um imóvel cuja reforma foi finalizada, o que impede às partes saberem com exatidão o preço do empreendimento antes da construção/reforma substancial. Assim, eventualmente, embora o contrato tenha sido firmado com remuneração mensal ao valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), caso ao final da construção seja aferido que o imóvel é avaliado em R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), a remuneração mensal não poderia ultrapassar o valor de R\$ 40.000,00.

Assim, embora as partes tenham renunciado ao direito à revisão da remuneração mensal, tal renúncia não significa que o valor pode ultrapassar o disposto no art. 47-A, § 3º, da Lei 12.462/2011, razão pela qual o investidor, antes de dar prosseguimento à contratação, deve se atentar aos riscos envolvendo a contratação, bem como a limitação imposta ao valor da remuneração.

Por fim, determina a lei que a contratação do *built to suit* pela administração pública poderá prever a reversão dos bens à administração pública ao final do contrato (art. 47-A, § 2º). Assim, sendo previsto no contrato, ao final do termo o imóvel seria revertido, sem custos, à administração pública.

Considerando-se que a remuneração mensal é limitada em até 1% sobre o valor do imóvel, sendo prevista tal disposição no contrato, o prazo de duração do contrato deverá ser extenso o suficiente para que o investidor possa recuperar todo o investimento, bem como aferir o esperado lucro. Daí a cautela necessária ao investidor para que o contrato a ser firmado seja financeiramente seguro para que possa prosseguir na contratação.

4) *Built to suit* residencial

O escopo do presente trabalho, como já afirmado anteriormente, é analisar o contrato *built to suit* empresarial, ou seja, o firmado entre duas empresas, cuja destinação do imóvel será para fins comerciais. Sem prejuízo, tal como verificado acima, o contrato *built to suit* também pode ser contratado pela administração pública.

O presente capítulo tem por objetivo estudar, brevemente, a possibilidade de o contrato *built to suit* ser firmado entre (i) uma empresa e um consumidor ou ainda, (ii) entre duas pessoas físicas. Todavia, as hipóteses em análise serão limitadas sempre que o imóvel a ser entregue tenha destinação residencial.

O “*built to suit* residencial” pode ser extremamente vantajoso para o futuro ocupante do imóvel. Imagine-se que em vez de determinada família despende elevados valores para a aquisição de um terreno e construção de sua residência, dependendo, para tanto, da obtenção de financiamento bancário (muitas vezes a juros onzenários), poderá firmar contrato *built to suit* com uma empresa ou, ainda, pessoa física, que ficará responsável por suportar tais custos, além de todo trabalho decorrente da construção do imóvel. O investimento da construção é diluído ao longo dos anos, o que pode tornar desnecessário, por exemplo, a obtenção de financiamento.

Além disso, ao firmar o contrato *built to suit*, a família não precisa se preocupar com os problemas decorrentes de qualquer construção. Caberia apenas aprovar o projeto (ou mesmo apresentar o projeto escolhido ao construtor) e aguardar o recebimento das chaves.

Considerando-se, ainda, que os imóveis brasileiros tiveram seus valores elevados nos últimos anos, ao contrário de outros tempos, as famílias brasileiras podem não ter mais o interesse em investir todas as suas economias na aquisição de um imóvel que, com o passar dos anos, pode ter uma rentabilidade muito menor caso o dinheiro tivesse outra destinação.

Essa forma de contratação também pode ser viável às famílias que querem construir a tão sonhada casa para passar suas temporadas, mas não querem se tornar proprietárias. Da mesma forma, o *built to suit* também pode despertar o interesse de pequenos empreiteiros,

que não possuem capital para grandes obras, mas já têm experiência na construção de imóveis residenciais.

Enfim. Também para os imóveis residenciais, o contrato *built to suit* é uma alternativa interessante, seja para os futuros ocupantes, seja para os investidores.

Ocorre que as situações acima descritas parecem distintas do que estabelece o art. 54-A, da Lei do Inquilinato, cujo dispositivo tem início afirmando que “na **locação não residencial** de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição [...]”.

A considerar que as hipóteses estudadas nesse capítulo dizem respeito a um imóvel construído para a *finalidade residencial*, inicialmente, não nos parece que, para tais situações, poderia ser aplicado o art. 54-A. O fundamento jurídico do contrato *built to suit* residencial, portanto, seria o art. 425, do Código Civil.

Não é objetivo desse trabalho cuidar da disciplina jurídica dos contratos *built to suit* envolvendo consumidores ou, ainda, pessoas físicas, quando a finalidade da construção é residencial. De todo modo, resta consignar que, nos **contratos típicos de locação**, muito já se discutiu a respeito da disciplina jurídica dos contratos firmados por consumidores, ou seja, se haveria prevalência do Código de Defesa do Consumidor à Lei do Inquilinato. Fato é que a jurisprudência possui entendimento pacificado a respeito da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos típicos de locação³⁴⁴.

³⁴⁴ Nesse sentido, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: “LOCAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ACESSÃO. INDENIZAÇÃO. RENÚNCIA. 1. Esta Corte firmou compreensão no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locatícios. 2. Não é nula a cláusula em que se renuncia ao direito de indenização nas hipóteses de acessão em terreno locado, prestigiando o princípio da autonomia das vontades. 3. Recurso conhecido e improvido.” (REsp 439.797/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2002, DJ 26/05/2003, p. 380). Já no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo: LOCAÇÃO DE IMÓVEIS – Despejo por falta de pagamento c.c. cobrança – Ação procedente – Ausência da prova de quitação dos aluguéis e encargos da locação do período imposto na condenação – Indenização por benfeitorias realizadas pelo locatário – Impossibilidade, pois o contrato de locação excluiu a indenização por qualquer espécie de reforma – Validade da cláusula de renúncia ao direito de indenização – Aplicação da Súmula 335 do C. STJ - Multa moratória contratual de 10% – Redução - Impossibilidade – Código de Defesa do Consumidor – Inaplicabilidade, pois a relação jurídica estabelecida pelo contrato de locação é regulada por lei específica - A multa moratória pode ser objeto de convenção entre as partes, motivo pelo qual é incabível a sua redução ao patamar de 2% sobre o montante devido – Sentença mantida – Recurso não provido. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator(a): Carlos Nunes; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 25/10/2016; Data de registro: 25/10/2016). Registre-se, ainda, que o enunciado 11 do Tribunal de Justiça do Paraná assentou que “O Código de Defesa do Consumidor não se aplica às locações de imóveis”.

Ocorre que, tal como estudado ao longo deste trabalho, o contrato *built to suit* não é um contrato típico de locação. Sendo um contrato atípico misto, poderíamos dizer que as disposições do Código de Defesa do Consumidor prevalecem às disposições contratuais firmadas no contrato?

Embora nos contratos atípicos as estipulações contratuais possuam primazia na hierarquia de normas, algumas disposições poderiam, aos olhos do intérprete, ser consideradas abusivas, no elenco das hipóteses enunciativas estabelecidas nos artigos 39 e 51, da Lei 8.078/90. Até porque, como se sabe, no âmbito das relações de consumo, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de forma favorável ao consumidor (art. 47).

Assim, por exemplo, caso o contrato *built to suit* tivesse uma cláusula em que o ocupante renuncia ao direito de indenização por benfeitorias necessárias (o que é absolutamente permitido nos contratos típicos de locação, por exemplo), sendo relação de consumo, esta disposição contratual deve ser entendida como cláusula abusiva, nos exatos termos do art. 51, inciso XVI, do Código de Defesa do Consumidor³⁴⁵.

A considerar que o *built to suit* não possui regulamentação completa e, ainda, a considerar que o art. 54-A, da Lei do Inquilinato é aplicável apenas aos imóveis cuja destinação seja comercial, certamente o Código de Defesa do Consumidor (e os princípios dele decorrentes) não poderia deixar de ser aplicado pelos contratantes do *built to suit* residencial. Assim, no contrato *built to suit* residencial, havendo relação de consumo, podem prevalecer as condições contratuais, desde que não ultrapassem os limites impostos pelo Código de Defesa do Consumidor.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos *built to suit* pode, eventualmente, inviabilizar a contratação, a considerar os riscos a que o empreendedor estaria sujeito. É o caso da renúncia à ação revisional (art. 54-A, § 1º) e a imposição da multa contratual convencionada, sem redução proporcional (art. 54-A, § 2º). Tais disposições

³⁴⁵ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

poderiam ser entendidas como cláusulas abusivas, a ensejar a sua decretação de nulidade, nos termos do art. 51, do Código de Defesa do Consumidor.

Pode-se dizer que tais disposições são imprescindíveis para que o investidor prossiga no contrato *built to suit*. O risco de o ocupante denunciar o contrato e pagar uma multa proporcional ao prazo do contrato, podendo ser reduzida nos termos do art. 413, do Código Civil e a insegurança ao investidor de que o valor da remuneração mensal poderá ser revisto ao longo do contrato certamente esvaziam o interesse do empreendedor dar seguimento à contratação.

Todavia, também é possível admitirmos que o contrato *built to suit* residencial seja firmado entre particulares, pessoas físicas, o que ensejaria a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Nessa circunstância, também não seria aplicável o art. 54-A, da Lei do Inquilinato, porque aquele dispositivo cuida da cessão de uso de um imóvel comercial. O fundamento seria, novamente, o art. 425, do Código Civil.

Pode-se dizer que nessa relação paritária, a autonomia privada volta a ter papel relevante. Cláusulas contratuais que no contrato *built to suit* residencial firmado por consumidores poderiam ser consideradas abusivas, na relação civil, devem ser respeitadas (desde que não ultrapassem os limites impostos pelo ordenamento civil). O intérprete, nesse caso, deve ter olhos mais cautelosos antes de retirar os efeitos de determinada condição contratual firmada pelas partes.

De todo modo, parece-nos que há necessidade de uma investigação mais aprofundada a respeito da disciplina jurídica e intercorrências do contrato *built to suit* residencial, firmado entre particulares e consumidores.

PARTE V – FORMAS DE EXTINÇÃO DO CONTRATO *BUILT TO SUIT* E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Pode-se dizer que a causa natural de extinção do contrato é o adimplemento, que significa o cumprimento das respectivas obrigações contratuais, nos exatos termos previstos na avença.

Nos contratos *built to suit*, o adimplemento é verificado quando, ao final do termo contratual, as partes tenham cumprido integralmente suas obrigações. Por parte do proprietário, adimplemento significa que, após a construção ou reforma do imóvel (nos termos e prazos avençados), tenha cedido o uso ao ocupante durante o prazo estipulado no contrato. Por parte do ocupante, adimplemento significa o pagamento dos valores ajustados e, ao final do contrato, a devolução do imóvel após regular uso e em boas condições de uso e manutenção.

No presente capítulo, interessa-nos estudar as circunstâncias em que os contratos *built to suit* são extintos por causas supervenientes à sua formação, ou seja, trataremos da extinção de contratos válidos e eficazes e que, por fatos supervenientes à sua celebração, podem ser extintos, sem que se verifique a morte de uma das partes ou as hipóteses de caso fortuito ou força maior³⁴⁶.

³⁴⁶ A respeito da extinção dos contratos, reportamo-nos ao trabalho anteriormente já desenvolvido. GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Direito de arrendamento nos contratos de consumo*. São Paulo: Almedina, 2014.

1) Resilição unilateral: extinção antecipada do vínculo contratual, cláusula penal e aspectos controvertidos.

Etimologicamente, do latim *resilire*, a resilição significa “voltar atrás”³⁴⁷. A resilição unilateral opera de forma *ex nunc*, produzindo efeitos apenas para o futuro. Em consonância com José Fernando Simão³⁴⁸, a resilição unilateral é a faculdade concedida por lei, em determinados casos, de a vontade de apenas uma das partes pôr fim ao contrato. A resilição unilateral é o gênero do qual são espécies a denúncia, a renúncia e a revogação³⁴⁹.

Nos termos do art. 473, do Código Civil, a resilição unilateral, nos casos em que a lei “expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”.

Como regra geral, a denúncia é imotivada (vazia), ou seja, o contraente, sem qualquer justificção, porque possui um direito postestativo, põe fim ao contrato mediante notificação à parte contrária³⁵⁰. A exceção é a denúncia motivada (ou cheia)³⁵¹.

Paulo Doron Rehder de Araújo³⁵², após lembrar o histórico de tramitação do Código Civil assevera que, originalmente, o Projeto de Lei 3.264/1965 determinava no então art. 337 que “a resilição unilateral, *nos casos em que a lei não o vede*, opera mediante denúncia notificada à outra parte”.

³⁴⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Cresenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 221.

³⁴⁸ SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Contratos*. (série leituras jurídica: provas e concursos, v. 5). São Paulo: Atlas, 2010. p. 74.

³⁴⁹ Em sentido contrário, Rodrigo Xavier Leonardo diferencia a denúncia da resilição unilateral (LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a resilição: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 3. v. 7. Abril-junho de 2016. p. 95-114).

³⁵⁰ É o caso da denúncia vazia exercida pelo locatário, quando este vige por prazo indeterminado (Lei do Inquilinato 8.245/91, art. 6º).

³⁵¹ Por exemplo, quando o inquilino, durante o prazo de vigência do contrato locativo, põe fim aos efeitos do contrato, sem pagar multa, em razão de transferência de emprego (art. 4º, § único, da Lei 8.245/91). A denúncia cheia é também verificada nos casos em que o locador pretende retomar o imóvel, vigente locação de imóvel residencial por prazo indeterminado, mas que tenha sido firmado por prazo inferior a trinta meses (art. 47, da Lei 8.245/91).

³⁵² ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória dos contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. 2011. p. 372.

Ainda segundo Araújo, foi Agostinho de Arruda Alvim que, em 1972, inseriu o art. 469 no projeto, cujo texto era o seguinte: “A rescisão unilateral, *nos casos em que a lei expressa ou implicitamente* o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”, texto que foi mantido pelo atual art. 473, do Código Civil.

Como exemplo de casos em que a lei *expressamente* admite a rescisão cite-se a locação urbana (art. 4º, da Lei 8.245/91), o mandato (art. 682, inciso I, do Código Civil) e agência e distribuição (art. 720, do Código Civil).

A dificuldade é saber justamente quais são os casos em que a lei *implicitamente* admite a rescisão. Segundo Paulo de Araújo³⁵³, essa hipótese se dá quando, por exemplo, o contrato de trato sucessivo vige por prazo indeterminado, considerando-se a vedação às relações contratuais eternas.

Assim, uma vez firmado contrato de locação de impressoras entre duas empresas (execução por trato sucessivo), após o transcurso do prazo determinado, a qualquer tempo a locatária poderia denunciar a locação, ainda que o contrato não disponha de tal cláusula. Até porque, tal como enuncia Pontes de Miranda³⁵⁴, nas relações jurídicas duradouras, é preciso que possa ter ponto final o que se concebeu em reticência. Daí a figura da denúncia, com que se ‘des-nuncia’, pois resulta de haver atribuído a algum dos figurantes o direito formativo extintivo, que é o de denunciar.

Por outro lado, resta saber se, diante da autonomia privada, as partes poderiam dispor nos contratos em que a prestação não é imediata, a faculdade de uma delas resilir no decorrer do curso do contrato, mediante (ou não) o pagamento de compensação pecuniária.

³⁵³ ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória dos contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. 2011. p. 381

³⁵⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte especial – Direito das Obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais*. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios de objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais. Tomo 38. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962 §3.081, p. 294.

Rodrigo Xavier Leonardo³⁵⁵ afirma que a rescisão pode ter fundamento no direito positivo ou em cláusula prevista pelas partes. Araken de Assis³⁵⁶ assevera que é possível às partes estabelecerem a hipótese de denúncia *convencional*.

Antonio Junqueira de Azevedo³⁵⁷, da mesma forma, embora ressalte que a denúncia dos contratos de duração determinada não é permitida, entende que seria possível somente se houvesse regra contratual expressa e inequívoca nesse sentido³⁵⁸.

Caio Mário da Silva Pereira³⁵⁹, por sua vez, assevera que a rescisão tem caráter de exceção. Todavia, segundo o autor, compreende-se como rescisão *voluntária* a declaração unilateral de vontade, manifestada em consequência de cláusula ajustada em contrato bilateral, e que produz as consequências do distrato. Segundo Caio Mário, a notificação é unilateral, mas a cessação do contrato é efeito da vontade bilateral manifestada. Ainda segundo o autor, esta circunstância tem mesmo levado alguns autores a tratá-la como *rescisão convencional*.

Pedro Romano Martinez³⁶⁰ assevera que em determinadas circunstâncias, admite-se que uma das partes se possa desvincular, simplesmente porque quer desistir do compromisso assumido. Nesses casos, a extinção não se relaciona com o princípio da não vinculação por prazo indefinido, mas com a liberdade e desvinculação, para tutela de interesses de um dos contraentes. Segundo o autor, essa liberdade de desvinculação só se admite nos casos especialmente previstos em lei ou *acordado pelas partes*.

³⁵⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a rescisão: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 3. v. 7. Abril-junho de 2016. p. 102.

³⁵⁶ ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Do Direito das Obrigações*. v. 5. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 570.

³⁵⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 154.

³⁵⁸ Francisco Loureiro afirma que as partes podem convencionar entre si o direito de arrependimento que nada mais é do que a faculdade de denunciar criada bilateralmente, pelo consenso, mas exercida unilateralmente pela parte a quem beneficia. (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Extinção dos Contratos*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 618).

³⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1975. p. 129/130.

³⁶⁰ ROMANO MARTINEZ, Pedro. *Da cessação do contrato*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 65.

Ocorre que esse entendimento não é unânime. Segundo Flávio Tartuce³⁶¹, a rescisão somente decorre da lei, e não da vontade das partes. Segundo esse autor, portanto, somente nas hipóteses previstas em lei é que as partes poderiam resilir unilateralmente o contrato, não sendo permitido às partes firmarem cláusula permitindo a uma delas resilir o contrato de forma unilateral.

Nossa opinião vai de encontro com a doutrina majoritária. Entendemos que nada obsta que as partes, diante da autonomia privada, firmem cláusula permitindo que um dos contratantes possa resilir unilateralmente o contrato, mediante o pagamento de compensação pecuniária.

Analisemos, agora, a rescisão contratual à luz do contrato *built to suit*.

Inicialmente, porque em referido contrato as prestações se prologam no tempo, deve ser permitido às partes denunciá-lo, nos termos do art. 473, do Código Civil. Ocorre que algumas dúvidas podem surgir.

O art. 54-A, § 2º, da Lei do Inquilinato, traz a hipótese de “denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário”. Pelo dispositivo, a denúncia do contrato *built to suit* pode ser realizada de forma antecipada apenas pelo ocupante. A ideia é idêntica à disposição do art. 4º da mesma lei, o qual assevera que durante o prazo de locação, não pode o locador denunciar o contrato, ou seja, reaver o imóvel dado em locação, a não ser nas hipóteses previstas no art. 9º³⁶².

Todavia, enquanto o locador, desde o início do contrato, já cede o uso da propriedade para o inquilino, no contrato *built to suit*, a prestação inicial do proprietário é apenas a reforma ou construção da propriedade (empreitada). A prestação da cessão do uso (locação) terá início apenas quando do término da reforma ou construção e, conseqüentemente, recebimento do imóvel pelo ocupante.

³⁶¹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. v. 3. 11ª ed. São Paulo: Forense, 2016. p. 272.

³⁶² Art. 9º A locação também poderá ser desfeita: I - por mútuo acordo; II - em decorrência da prática de infração legal ou contratual; III - em decorrência da falta de pagamento do aluguel e demais encargos; IV - para a realização de reparações urgentes determinadas pelo Poder Público, que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário no imóvel ou, podendo, ele se recuse a consenti-las.

No contrato de locação residencial não se permite a denúncia pelo locador durante o prazo determinado porque, uma vez firmado o contrato, a família que locou o imóvel já realizou o planejamento para permanecer naquela residência durante o período contratado. Fosse permitido ao proprietário denunciar de forma antecipada, a qualquer tempo poderia receber uma proposta melhor e determinar aos inquilinos que deixassem o imóvel. Essa circunstância não se coaduna com o espírito da Lei 8.245/91, sobretudo pela proteção necessária aos inquilinos, principalmente para aqueles que ocupam os imóveis para a residência familiar.

Da mesma forma, a Lei do Inquilinato estabelece que o empresário que aluga imóvel comercial também tem o direito de permanecer no imóvel durante o prazo determinado no contrato porque certamente realizou planejamento para o exercício da sua atividade comercial durante aquele prazo.

A Lei do Inquilinato, naturalmente, traz uma proteção aos inquilinos. Ademais, como sabido, na locação residencial, dependendo do prazo em que o contrato foi firmado (menos de 30 meses), a denúncia não pode ser vazia, mas realizada de forma justificada (denúncia cheia – art. 47). Da mesma forma, como verificado, o inquilino comercial também tem o direito de renovação do contrato, desde que preenchidos os seus requisitos (art. 51).

Em ambos os casos, seja locação residencial, seja comercial, sempre estamos diante de situações em que o locatário ocupa o imóvel. A denúncia antecipada no contrato de locação pelo locador imporia o pesado ônus ao locatário de ter de deixar o imóvel antes do término do prazo estipulado.

No contrato *built to suit*, contudo, é possível que o proprietário, após firmado o contrato, tenha verificado que o projeto construtivo a que se obrigou tem um custo muito maior do que o estimado inicialmente. As circunstâncias podem ser as mais diversas. Nessa hipótese, poderia o proprietário requerer a denúncia antecipada do contrato? Atente-se que, nesse caso, o ocupante ainda não utiliza o imóvel, mas apenas possui uma expectativa para tanto.

Ainda que não esteja ocupando o imóvel, o futuro ocupante pode ter todo o interesse que o contrato não seja denunciado antecipadamente pelo empreendedor. As partes podem

ter negociado por longos meses o projeto e, firmado o contrato, o ocupante realiza um planejamento para os próximos anos. A frustração dessa expectativa pode lhe causar prejuízos, certamente.

De todo modo, não poderiam as partes, por exemplo, estabelecer previamente hipótese de denúncia antecipada pelo proprietário nos primeiros seis meses de contrato, ainda durante o período de construção, mediante compensação financeira à outra parte?

Pela leitura do art. 54-A, § 2º, da Lei do Inquilinato, apenas o ocupante poderia realizar a denúncia antecipada. Não há hipótese legal de denúncia antecipada pelo proprietário. Ocorre que essa interpretação não nos parece a mais acertada. Pela autonomia privada e porque um contrato atípico misto, as partes poderiam estabelecer a possibilidade de o proprietário denunciar o contrato de forma antecipada, desde que, por exemplo, pagasse multa previamente estabelecida. Em nossa opinião, embora o dispositivo legal nada diga a respeito da possibilidade da denúncia antecipada realizada pelo empreendedor, nada obsta que as partes assim acordem contratualmente. Isso porque, mais uma vez, prevalecem as disposições contratuais às disposições de direito material da Lei 8.245/91. Daí porque entendemos, como a maioria da doutrina, que a rescisão unilateral não é um direito passível de exercício somente quando a lei expressamente autorizar.

É possível que as partes acordem que a cláusula penal terá valores diferentes a depender do prazo em que a rescisão unilateral é realizada pelo empreendedor. Não permitir às partes consignarem no contrato a faculdade de o empreendedor realizar a denúncia de forma antecipada, embora o contrato contenha tal previsão, obrigaria aquele a levar o projeto adiante, a qualquer custo, o que parece de fato um contrassenso, sobretudo em um contrato atípico misto, de caráter empresarial. E se essa fosse justamente a condição para que o empreendedor tivesse firmado a avença? Ou seja, o empreendedor apenas decidiu se obrigar porque o contrato previa a possibilidade de extinguir unilateralmente o contrato nos primeiros seis meses, durante a fase de execução da obra, mediante o pagamento de uma compensação pecuniária. Essa possibilidade nos parece absolutamente legítima.

A possibilidade de rescisão unilateral pelo empreendedor, contudo, não é unânime. Fernanda Henneberg Benemond³⁶³ afirma que nos contratos *built to suit*, não poderia o empreendedor reaver o imóvel com o empreendimento antes do término do prazo determinado entre as partes. Ainda segundo a autora, os aspectos de ordem econômica e financeira do *built to suit* não justificam o afastamento da regra prevista na parte inicial do art. 4º da Lei de Locação, não podendo, portanto, o empreendedor denunciar imotivadamente o contrato antes do término do prazo estabelecido. Esquece-se, a autora, contudo, que a depender do momento contratual, sequer há imóvel, porque a construção ainda não teve início. Se as partes acordaram pela possibilidade de denúncia pelo empreendedor, porque a vontade dos contratantes não poderia prevalecer nesse contrato atípico misto?

Por outro lado, a hipótese de denúncia antecipada pelo *ocupante* é expressamente regulada pelo dispositivo legal. Se a lei expressamente confere a possibilidade de o ocupante rescindir unilateralmente o contrato, ainda diante do silêncio do contrato, aquele poderá denunciar o contrato no momento que lhe convier.

Em resumo: o art. 54-A, da Lei 8.245/91, dispõe expressamente a possibilidade de o ocupante, a qualquer tempo, realizar a denúncia imotivada do contrato *built to suit*. Embora o dispositivo nada diga a respeito da possibilidade de o empreendedor denunciar o contrato durante o termo contratual, caso as partes assim disponham na avença, com fundamento na autonomia privada, não haveria qualquer óbice para que a extinção unilateral, no curso do prazo, partisse do empreendedor. Não há razões, em nosso entendimento, para que o operador faça uma interpretação restritiva ao dispositivo, contrariando a vontade das partes.

Naturalmente que, em virtude da rescisão unilateral firmada por uma das partes, o contrato pode estabelecer multa contratual pela parte que requer a extinção do vínculo de forma antecipada ao termo contratual.

Em virtude de tal faculdade, analisemos as implicações da cláusula penal na hipótese de rescisão unilateral de uma das partes.

³⁶³ BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos Built to Suit*. São Paulo: Almedina, 2013. p. 115.

1.1 Cláusula penal e implicações aos contratos *built to suit*: aplicação analógica dos artigos 413 e 416, do Código Civil?

A multa convencionada, referida no art. 54-A, § 2º, tecnicamente é chamada de cláusula penal. A cláusula penal pode ter funções distintas. Segundo Antonio Pinto Monteiro³⁶⁴, como função indenizatória, a cláusula penal tem por intuito indenizar a vítima pelos danos causados. Já como função coercitiva ou compulsória³⁶⁵, a cláusula penal teria por escopo garantir ao credor a realização do próprio direito e não a mera indenização do dano.

A doutrina brasileira costuma classificar a cláusula penal como compensatória ou moratória. Caio Mario da Silva Pereira³⁶⁶ afirma que a cláusula penal é *compensatória* quando traz consigo um reforço do vínculo obrigacional: reforça-se o dever de prestar com ajuste de multa. Por outro lado, a cláusula penal é *moratória* quando o devedor deixa de realizar a prestação a tempo.

Segundo Jorge Cesa Ferreira da Silva³⁶⁷, é compensatória a cláusula penal que substitui a obrigação principal, pois é satisfativa e moratória a cláusula penal que pode ser exigida conjuntamente com a obrigação principal, que é cumulativa.

No contrato *built to suit*, a previsão contratual determinando ao empreendedor ou ocupante pagar multa em razão da rescisão unilateral do contrato, seria hipótese de cláusula penal compensatória.

O que se deve ter claro, contudo, é que não se pode aplicar ao contrato *built to suit* a regra geral estabelecida no art. 4º, da Lei do Inquilinato, que permite ao inquilino, quando da denúncia antecipada do contrato, pagar a multa contratual *proporcional* ao período de cumprimento do contrato. Fez bem, nesse sentido, o próprio art. 4º da Lei do Inquilinato,

³⁶⁴ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Reimpressão da obra publicada em 1990. Coimbra: Almedina, 1999. p. 26.

³⁶⁵ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Reimpressão da obra publicada em 1990. Coimbra: Almedina, 1999. p. 37.

³⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II. 6ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1981. p. 128.

³⁶⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.p. 255.

alterado pela Lei 12.744/2012, excepcionar a regra aos contratos *built to suit*³⁶⁸. Assim, como premissa, deve ser asseverado que ao contrato *built to suit* não deve ser aplicada a redução proporcional e matemática da cláusula penal, em razão de denúncia antecipada pelo ocupante.

Isso porque, fosse permitido ao ocupante resilir unilateralmente o contrato *built to suit* e pagar uma multa com a redução permitida aos contratos de locação, o empreendedor correria sério risco de desenvolver um empreendimento sem, ao menos, recuperar o investimento. Segundo José Paulo Marzagão³⁶⁹, permitir que o contratante, unilateralmente, rescinda o contrato e pague indenização inferior ao saldo remanescente é reduzir o preço acordado pelas partes. Assim, segundo Marzagão, a manutenção do fluxo dos recebíveis é fundamental para a relação jurídica.

De todo modo, ainda que o texto legal determine que o ocupante fique obrigado ao pagamento integral da cláusula penal em caso de denúncia antecipada, nada obsta que as partes, com fundamento no princípio da autonomia privada, autorizem uma redução da multa, a depender do momento em que o contrato é denunciado. As partes podem, inclusive, modular uma forma de redução da multa a depender de quando é realizada a denúncia.

Assim, por exemplo, se o ocupante, logo após a construção do imóvel, resolve denunciar o contrato, pode ser estabelecido que deverá pagar uma multa maior do que a denúncia realizada ao final do prazo determinado. Essa possibilidade de redução da multa, contudo, deve estar prevista no contrato. Não havendo tal possibilidade, a denúncia antecipada do contrato pelo ocupante imporá a ele, a princípio, o pagamento integral da multa estabelecida no contrato.

³⁶⁸ “Art. 4º. Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o § 2º do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada.”

³⁶⁹ MARZAGÃO, José Paulo. *Regime jurídico do built-to-suit*. In: Operações Imobiliárias: Estruturação e tributação. Coord: Renato Vilela Faria e Leonardo Freitas de Moraes e Castro. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 126.

Todavia, o próprio texto do art. 54-A, § 2º, da Lei do Inquilinato, impõe uma limitação ao pagamento da multa: não poderá a cláusula penal exceder a soma dos aluguéis a receber até o termo final da locação³⁷⁰.

A questão que se coloca é saber se, mesmo diante da redução determinada no § 2º, do art. 54-A, seria possível defender que, a depender do caso, se o valor da cláusula penal continuasse elevado, caberia redução com fundamento do art. 413, do Código Civil?

O art. 413 do Código Civil determina que o juiz *deve* reduzir a cláusula penal, de forma equitativa³⁷¹, se a obrigação tiver sido cumprida em parte ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Esse dispositivo, por se tratar de uma regra aplicável aos contratos em geral, deve ser considerado fonte jurídica aplicável ao contrato *built to suit*. A dúvida é saber se obrigatoriamente esse dispositivo deve ser aplicado ou pode ser derogado pelas partes.

Conforme será visto a seguir, o Código Civil brasileiro, contrariamente ao sistema português e francês, não estipula expressamente a impossibilidade de as partes derogarem o art. 413. No silêncio da lei, as partes teriam a liberdade de proibir a redução da cláusula penal, afastando, no contrato, a aplicação analógica do dispositivo?

A questão diz respeito às limitações à liberdade de contratar. Tal como já referido neste trabalho³⁷², o princípio da autonomia privada não significa que as partes possam dispor da forma como queiram. Tratando-se de normas cogentes, os contratantes não podem derogá-las. As normas cogentes são imperativas e regulam matéria de ordem pública e bons costumes.

³⁷⁰ Em sentido próximo, o art. 412, do Código Civil determina que “O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

³⁷¹ O art. 413 do Código Civil é significativamente diverso do art. 924, do Código Civil de 1916, que determinava: “Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, *poderá* o juiz reduzir *proporcionalmente* a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento”.

³⁷² Vide Parte III, capítulo 3.

Contudo, como nos ensina Orlando Gomes³⁷³, as limitações gerais à ordem de contratar jamais puderam ser definidas com rigorosa precisão. Segundo o autor, a dificuldade, senão a impossibilidade de conceituá-las permite sua ampliação ou restrição conforme o pensamento dominante em cada época e em cada país, formado por ideias morais, políticas, filosóficas e religiosas.

Norma de ordem pública, ainda segundo Orlando Gomes³⁷⁴, seria aquela que atende com os interesses essenciais do estado ou da coletividade ou que fixa no Direito Privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade. Contudo, assevera o autor que não é fácil determinar taxativamente os interesses essenciais do Estado e da coletividade, variáveis em função até do regime político dominante.

Jorge Morais Carvalho³⁷⁵ afirma que a ordem pública é um conceito indeterminado, trata-se de cláusula geral, que deve ser concretizada em cada caso concreto pelo intérprete, tendo em conta as circunstâncias específicas da situação, não sendo possível nem desejável torná-la rígida. Morais Carvalho³⁷⁶ adverte que a materialização do conceito de ordem pública tem de ser feita em concreto, tendo em conta todos os elementos relevantes do contrato em questão, nomeadamente o contexto de sua celebração e os seus efeitos para as partes em relação a terceiros. Assim, não é possível definir, à partida, desconhecendo os contornos do caso, se um determinado contrato é contrário à ordem pública.

A dificuldade, portanto, é saber se a disposição do art. 413, do Código Civil, seria ou não considerada norma de ordem pública. Tratando-se de relação de consumo, naturalmente torna-se fácil verificar que as partes não poderiam derrogar o dispositivo legal³⁷⁷.

³⁷³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Cresenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 28.

³⁷⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Cresenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 28.

³⁷⁵ CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 87.

³⁷⁶ CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 93.

³⁷⁷ Há quem entenda, inclusive, que a redução da cláusula penal determinada no art. 413 do Código Civil deva ser aplicada de ofício pelo juiz. Nesses termos pronunciam-se Mário Luiz Delgado Régis (RÉGIS, Mário Luiz Delgado. In: FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 368) e Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. v. II. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 386). Cite-se, inclusive, o enunciado 356 do Conselho da Justiça Federal, que assevera que “nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício”. Todavia, a respeito da redução realizada de ofício, há respeitáveis entendimentos em contrário. José Fernando Simão (SIMÃO, José Fernando. *Cláusula penal e redução de ofício pelo juiz*. Parte 2.

Referindo-se aos contratos em geral, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald³⁷⁸ defendem que a redução determinada no art. 413 é norma de ordem pública, não se permitindo a derrogação por convenção particular. Esse entendimento também é partilhado por Silvio Venosa³⁷⁹, Paulo Luiz Netto Lôbo³⁸⁰ e Flávio Tartuce³⁸¹, autor este que também assevera a ordem pública do dispositivo, guardando relação direta com o princípio da função social do contrato, devendo sempre prevalecer, notadamente quando a multa for exagerada ou traduzir onerosidade excessiva à parte.

Antonio Pinto Monteiro³⁸², por sua vez, tratando a respeito do art. 812 do Código Civil português³⁸³ (equivalente ao art. 413, do Código Civil brasileiro), também assevera que o sistema português consagra a nulidade de qualquer cláusula contratual que afaste a possibilidade de ser reduzida a cláusula penal. Assim, segundo Pinto Monteiro³⁸⁴, a *ratio* da norma lhe confere esse caráter de ordem pública.

O *Codice Civile*³⁸⁵, em seu art. 1.384, também afirma que a multa pode ser reduzida pelo juiz. Embora o dispositivo italiano, contrariamente do português não repute, expressamente, a nulidade da estipulação em contrário fato é que, segundo Antonio Pinto Monteiro³⁸⁶, a doutrina majoritária italiana também assevera o caráter de ordem pública do dispositivo.

Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/clausula-penal-e-reducao-de-oficio-pelo-juiz---parte-2/13786>. Acesso em 2 de julho de 2015) adverte que esse ponto requer reflexão aprofundada. Isso porque, segundo o autor, a intervenção judicial, em um contrato firmado por hipersuficientes é absolutamente descabida. Nesses casos, a redução seria uma afronta à autonomia privada. Concordamos com o autor. Não nos parece razoável, em casos como os acima exemplificados, que o juiz possa, de ofício, determinar a redução da multa.

³⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 536.

³⁷⁹ VENOSA, Silvio de Salvo de. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 175.

³⁸⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 310.

³⁸¹ TARTUCE, Flavio. *Direito civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. v. 3. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014. p. 398.

³⁸² MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Reimpressão da obra publicada em 1990. Coimbra: Almedina, 1999. p. 729.

³⁸³ “Art. 812º: A cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário”.

³⁸⁴ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Reimpressão da obra publicada em 1990. Coimbra: Almedina, 1999. p. 729.

³⁸⁵ “Art. 1384. La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento”.

³⁸⁶ Para tanto, cita Antonio Pinto Monteiro (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Reimpressão da obra publicada em 1990. Coimbra: Almedina, 1999. p. 729/730) as obras de Marini (MARINI, Annibale. *La clausola penale*. Napoli, 1984. p. 150-151), Moscati (MOSCATI, Enrico. *Riduzione della penale*

Antonio Pinto Monteiro também assevera que o *Code*, no art. 1152³⁸⁷, permite ao juiz reduzir a cláusula penal e determina, ao final, que reputa “não escrita” qualquer estipulação em contrário.

No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, também prevalece a tese de que o art. 413, do Código Civil é matéria de ordem pública³⁸⁸. No mesmo sentido, o Conselho da Justiça Federal também aprovou o enunciado 355 nos seguintes termos: “Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública”.

Nos contratos *built to suit*, contudo, não nos parece que o referido dispositivo tenha a mesma força aplicável nos contratos de consumo e demais contratos típicos do Código Civil. A considerar o caráter empresarial do *built to suit*, bem como a norma especial trazida pelo art. 54-A, § 2º, que já impõe uma limitação à multa contratual, a aplicação analógica do art. 413, do Código Civil, poderia ensejar um poder muito grande ao juiz que, desconhecendo as tratativas, a operação econômica e características dessa modalidade contratual, poderia reduzir a multa contratual em valores que confronta com a segurança jurídica que se espera de um contrato *built to suit*. Prevaler a aplicação analógica do art. 413, do Código Civil implicaria uma desvalorização do princípio da autonomia privada.

e controllo sugli atti di autonomia privata, 1982., p. 1788) e Mirabelli (MIRABELLI, Giuseppe. *Dei contratti in generale*. 2ª ed. Torino, 1967. p. 305).

³⁸⁷ “Art. 1.152 Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite”.

³⁸⁸ “Apelação – Locação não residencial – Espaço em shopping center – Rescisão antecipada do contrato – Multa contratual que prevê o pagamento de cinquenta por cento dos aluguéis pelo tempo restante de cumprimento do contrato – Abusividade – Redução equitativa – Necessidade – Vedação legal à estipulação de cláusula penal com cominação manifestamente excessiva. A cláusula penal compensatória pactuada para incidir em caso de rescisão antecipada do contrato não está, logicamente, incluída dentre as disposições contratuais que gozam de ampla liberdade nos contratos de locação de espaço em shopping center, principalmente porque esse tipo de cominação é preceito de ordem pública, existindo expressa previsão normativa de que a “penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio” (CC, art. 413). Ao dispor que o juiz deve reduzir equitativamente a penalidade, o Legislador explicitou que a norma é de natureza cogente e que os contratantes não podem afastá-la por ato consensual. Disposição contratual que concede ao locador, por todo o tempo de vigência da locação ainda restante, metade dos aluguéis que receberia se o locatário estivesse ocupando o imóvel, sem, contudo, que o inquilino tenha uso e fruição do bem, é manifestamente abusiva e ofende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Apelação provida. (Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator(a): Lino Machado; Comarca: Barueri; Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18/05/2016; Data de registro: 20/05/2016).

Embora seja possível admitir que o art. 413, do Código Civil, é norma de ordem pública e inderrogável, a aplicação analógica desse dispositivo deve ser utilizada com extrema cautela pelo intérprete. Antes de ser determinada a redução da multa com base naquele dispositivo, o intérprete deve se atentar ao quanto é estabelecido no art. 54-A, § 2º, da Lei do Inquilinato, que já impõe limites à multa contratual. Aplicando-se o dispositivo é possível que a multa seja reduzida automaticamente, de forma suficiente para que a pena não seja excessivamente onerosa, dispensando a aplicação analógica da regra geral, do Código Civil.

A respeito da redução da cláusula penal nos contratos *built to suit*, com aplicação analógica do art. 413, do Código Civil, destacamos algumas opiniões.

Segundo Paula Miralles³⁸⁹, verificado excesso do valor da multa em relação às efetivas perdas ou prejuízos que venham a atingir o locador-empendedor, a cláusula penal poderá ser modulada com fundamento no art. 413 do Código Civil, em atenção aos princípios da vedação do enriquecimento sem causa e da boa-fé. Com efeito, segundo a autora, embora afastada a necessidade de observância da proporção em relação ao prazo contratual, não se pode afastar a possibilidade de revisão judicial caso se esteja diante de manifesto excesso da cláusula penal, com base na obrigação principal, na natureza e finalidade do negócio.

Da mesma forma, Fernanda Hanneberg Benemond³⁹⁰ assevera que nada impediria que o juiz reduzisse a multa, que tem caráter reparatório, equitativamente, à luz do que dispõe o art. 413, do Código Civil, tendo em vista o contexto e as condições da avença ajustada.

Embora esses autores admitam a possibilidade da aplicação analógica do art. 413 nos contratos *built to suit*, reiteramos nosso posicionamento que a legislação especial já impõe um limite máximo para a cobrança da cláusula penal, razão pela qual aquela disposição deva ser utilizada como medida extrema e excepcionalíssima.

Sendo facilitada a aplicação analógica do art. 413 alguns problemas podem ser verificados. Atente-se que aquele dispositivo fala em redução *equitativa* da penalidade.

³⁸⁹ ARAUJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2014. p. 116.

³⁹⁰ BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos Built to Suit*. São Paulo: Almedina, 2013. p. 119.

Como bem pondera José Oliveira Ascensão³⁹¹, a resolução dos casos segundo a equidade contrapõe-se à resolução dos casos segundo as regras vigentes. Não há, por natureza, aplicação da regra, antes há uma criação para o caso singular.

Para Milton Paulo de Carvalho Pinto³⁹², a equidade é um termo plurissignificativo, de difícil conceituação. Segundo o autor, varia de acordo com as tendências filosóficas de cada autor, numa gama que se estende do próprio direito, da justiça, da moral, à caridade, conceitos estes de noção muito amplas, sobre os quais é inevitável a atuação do subjetivismo.

O subjetivismo é justamente o que os contratantes do *built to suit* querem evitar. Considerando que a autonomia privada é tida em alta conta nesse tipo de contrato, estamos firmes no entendimento que a multa contratual deve ser justamente aquela fixada no contrato pelas partes, com a limitação imposta pelo art. 54-A, § 2º, da Lei do Inquilinato.

Reiteramos que, na disciplina jurídica do contrato *built to suit*, o art. 413, do Código Civil, é norma hierarquicamente inferior à disposição determinada pelo art. 54-A, § 2º, da Lei do Inquilinato que, em nossa opinião, deve prevalecer.

Ainda assim, em situações muito peculiares e excepcionalíssimas³⁹³, sendo admitida a impossibilidade de derrogação do art. 413 e admitindo-se pela redução judicial da multa, há necessidade de cautela do julgador que irá avaliar a necessidade ou não da redução da multa fixada pelos contratantes.

Quando da redução da multa contratual, Antonio Pinto Monteiro³⁹⁴ afirma que o julgador deve observar (i) a finalidade visada pelos contratantes; (ii) o grau de culpa do devedor; (iii) as vantagens para que este resultem do inadimplemento; (iv) o interesse do credor na prestação; (v) a situação econômica de ambas as partes; (vi) a sua boa-fé ou má-

³⁹¹ ASCENSÃO, José Oliveira. *O Direito. Introdução e teoria geral*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 246.

³⁹² CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 37.

³⁹³ Giovanni Ettore Nanni, tratando a respeito do excesso da cláusula penal, afirma que o exagero da pena não surge no momento em que a pena ultrapassa os danos reais, porém no instante em que é ultrapassada a função de garantia que é a sua razão de ser. Segundo Nanni, haverá um momento em que a quantidade da pena já não significa maior garantia para o credor. Só aí surgirá o enriquecimento sem causa. (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 386).

³⁹⁴ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Reimpressão da obra publicada em 1990. Coimbra: Almedina, 1999. p. 138.

fé; (vii) a índole do contrato; (viii) as condições em que foi negociado e (ix) eventuais contrapartidas que tenham beneficiado o devedor pela inclusão da cláusula penal.

Rodrigo Ruete Gasparetto³⁹⁵, por sua vez, tratando a respeito do contrato *built to suit*, reitera a medida de excepcionalidade do art. 413. Todavia, sendo aplicado, afirma que o magistrado deve analisar todas as circunstâncias fáticas do caso, principalmente: (i) a finalidade visada pelos contratantes no momento da contratação; (ii) a situação econômica de ambas as partes no momento da celebração do negócio; (iii) a índole do contrato; (iv) as condições em que foi negociado e eventuais contrapartidas que tenham beneficiado o devedor pela inclusão da cláusula penal compensatória; (v) a gravidade da infração; (vi) verificar se a pena era ou se tornou manifestamente excessiva no momento em que está sendo exigida; (vii) qual foi o montante despendido pelo empreendedor-locador na compra do imóvel em comparação com o valor despendido na edificação do empreendimento; (viii) se existe a possibilidade real do empreendedor-locador reaproveitar o imóvel no futuro ou mesmo locá-lo novamente para outra empresa em razão a especificidade do projeto executivo que foi projetado para atender de modo único uma determinada empresa; (ix) se existe a possibilidade real e imediata do empreendedor-locador alienar o imóvel objeto da operação realizada e recuperar uma parcela dos investimentos realizados e, ainda, subsidiariamente, a análise dos princípios da boa-fé e função social do contrato.

Em resumo. Parece-nos que, de fato, o caráter empresarial do contrato *built to suit*, o respeito à autonomia privada e a norma especial do art. 54-A, § 2º esvaziam a necessidade de aplicação do art. 413, do Código Civil, determinando a redução da multa penal estabelecida no contrato. A redução judicial, portanto, deve ser realizada em última circunstância e de forma excepcional.

Por outro lado, o Código Civil (art. 416 e parágrafo único³⁹⁶) também permite que, havendo estipulação no contrato, se o prejuízo exceder ao previsto na cláusula penal, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

³⁹⁵ GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos Built to Suit – Um Estudo da Natureza, Conceito e Aplicabilidade dos Contratos de Locação Atípicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Scortecci, 2009. p. 178.

³⁹⁶ “Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”.

Essa disposição também poderia ser aplicada ao *built to suit*? A considerar que o art. 54-A, § 2º, determina que o limite máximo para a multa contratual é a remuneração mensal a vencer, caso o contrato possua cláusula autorizando que a multa seja utilizada como mínimo de indenização, o ocupante poderia ser obrigado ao pagamento da totalidade da multa adicionado à indenização, em valor que superasse a remuneração fixada até o termo do contrato?

A questão foi discutida na II Jornada de Direito Comercial. Na oportunidade, foi proposto e aprovado o enunciado 67, de autoria de Fábio Azevedo:

Na locação *built to suit*, é válida a estipulação contratual que estabeleça cláusula penal compensatória equivalente à totalidade dos alugueres a vencer, sem prejuízo da aplicação do art. 416, parágrafo único, do Código Civil.

Justificava-se que

a denúncia pode produzir danos que ultrapassam o próprio valor dos alugueres a vencer, fruto da sofisticação e complexidade deste contrato. Seria o caso de denúncia no princípio da locação, frustrando expectativa de retorno, influente na estipulação do coeficiente e preço, por esperar-se valorização do ponto e conseqüente incremento do fundo empresarial do locador em virtude do seu interesse no sucesso da atividade empresarial desenvolvida pelo locatário, tudo de acordo com o arranjo de interesses concretos que for definido e pactuado livremente no exercício da livre iniciativa privada constitucional, realizadora da autonomia privada.

Ao final, no texto da justificativa asseverou-se que “o valor da cláusula penal está limitado pelo art. 54-A, § 2º, da Lei 8.245/91, mas tal regra não é incompatível com o art. 416, parágrafo único, do Código Civil”.

A questão aqui é saber se o art. 416, do Código Civil, *regra geral* aplicável aos contratos poderia se sobrepor à *regra especial* do art. 54-A, § 2º, da Lei do Inquilinato. Enquanto o dispositivo do Código Civil estabelece que as partes podem acordar que a multa

contratual possa valer como mínimo de indenização, o dispositivo da Lei do Inquilinato estabelece um limite à multa.

Atente-se que a aplicação analógica do art. 413 possui diferenças conceituais da aplicação analógica do art. 416. A redução da multa contratual, como visto, pode ser modulada contratualmente pelas partes. A aplicação analógica do art. 413 seria utilizada caso, ausente qualquer estipulação reduzindo a multa (ou caso a redução determinada no contrato ou decorrente do art. 54-A, § 2º fossem insuficientes) o ocupante, por exemplo, pleiteasse uma redução judicial, contrariando o que é estabelecido no contrato. Nessa situação, a autonomia privada seria limitada por uma regra geral aplicável aos contratos.

Já na hipótese do art. 416, por uma disposição contratual, as partes consignam que a multa contratual pode ser utilizada como mínimo de indenização, derogando, assim, a limitação imposta pelo art. 54-A, § 2º, lei especial. Sendo aplicada a disposição contratual firmada entre as partes, o princípio da autonomia privada é privilegiado, mas contraria lei especial.

Não é simples resolver o conflito. Todavia, a hierarquia de fontes aplicáveis ao *built to suit* pode auxiliar. Embora a autonomia privada tenha relevância no contrato *built to suit*, não nos parece que ela pode sobrepor às determinações da Lei 12.744/2012. Embora somos defensores que o *built to suit* é um contrato atípico misto, onde o legislador não precisaria intervir porque a autonomia privada deve prevalecer, fato é que a opção legislativa foi no sentido de estabelecer diretrizes para a modulação dos efeitos da cláusula penal. Uma dessas diretrizes foi estipular um teto máximo para a multa contratual.

Assim, em nossa opinião, somente poderia ser respeitada a disposição contratual permitindo que a cláusula penal fosse utilizada como parâmetro mínimo de indenização caso o valor não excedesse ao limite imposto pelo art. 54-A, § 2º, da Lei do Inquilinato.

Em resumo. A considerar o disposto no art. 54-A, § 2º, da Lei do Inquilinato, podemos concluir que (i) o contrato *built to suit* permite que os contratantes fixem cláusula penal em caso de denúncia antecipada de uma das partes; (ii) a multa estipulada no contrato *built to suit* não sofre a redução proporcional dos contratos típicos de locação; (iii) contudo, as partes podem fixar, contratualmente, a redução da multa (dependendo, por exemplo, do

momento em que a denúncia é realizada); (iii) não havendo estipulação contratual para redução da multa, deve prevalecer o valor previsto contratualmente, com a limitação imposta no art. 54-A, § 2º, (soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação); (iv) como medida excepcionalíssima, a considerar que seria possível uma interpretação de que o art. 413 não pode ser derogado, na hipótese de o caso concreto demonstrar que a multa, mesmo diante da limitação do art. 54-A, § 2º, continua elevada, o juiz poderá realizar a redução da multa, com aplicação analógica daquele dispositivo, observando-se, com cautela, as peculiaridades do *built to suit*; (v) caso o valor da multa seja insuficiente para ressarcir os prejuízos da parte lesada e havendo previsão contratual nesse sentido, as partes poderão valer-se do art. 416, parágrafo único, do Código Civil, para que a parte lesada pleiteie indenização suplementar, desde que a indenização não ultrapasse a limitação imposta no art. 54-A, §2º (soma da remuneração a vencer até o termo do contrato).

1.2 Prorrogação consensual e compulsória do contrato *built to suit*: aplicação analógica do artigo 473, parágrafo único, do Código Civil?

Segundo Paulo Dóron de Araujo³⁹⁷, quando se fala em tempo de contrato, está-se dizendo duas coisas ao mesmo tempo. Primeiro, informa-se o tempo previsto para que a relação decorrente do contrato-fato dure. Ainda, comunica-se o tempo pelo qual a relação havida entre as partes será regida por aquele contrato. Passado o tempo, ou a relação se extingue ou se prolonga a despeito da previsão contratual.

O prolongamento da relação jurídica pode se dar por *renovação* ou *prorrogação* do contrato. Segundo Pontes de Miranda³⁹⁸, na *renovação* a relação jurídica duplica-se e uma sucede à outra, enquanto na *prorrogação* estende-se a relação jurídica única, avançando no tempo. Com sua genialidade habitual, Pontes de Miranda aponta as diferenças entre os institutos nos termos da ilustração abaixo³⁹⁹:

³⁹⁷ ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória dos contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. 2011. p. 42.

³⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Locação de imóveis e prorrogação*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1.956. p. 298.

³⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Locação de imóveis e prorrogação*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1.956. p. 298.

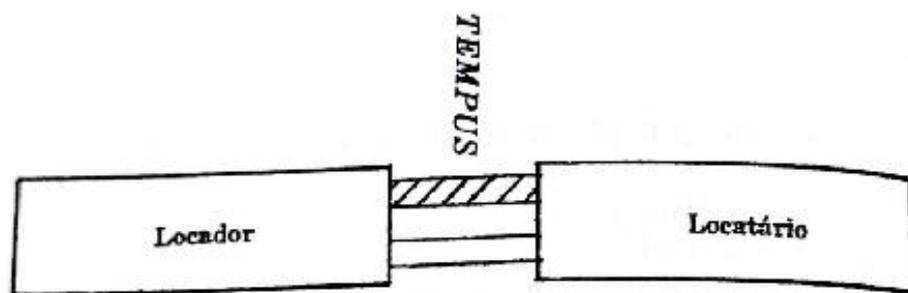


Fig. 1

E não:

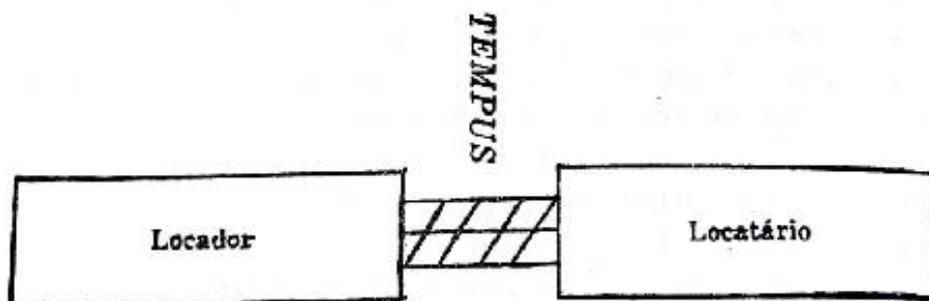


Fig. 2

A figura nº 1 demonstra a hipótese de *renovação* contratual, enquanto figura nº 2 demonstra a hipótese de *prorrogação* contratual. Como assevera Paulo Dóron de Araujo⁴⁰⁰, se a relação se prolonga, mas ainda se baseia no mesmo contrato, no mesmo acordo de vontades, está-se diante de prorrogação. Já na renovação, surge outro supedâneo jurídico, isto é, um novo acordo de vontades e esse acordo é o que passa a reger a nova relação jurídica.

Tratando a respeito da *prorrogação*, Pontes de Miranda⁴⁰¹ aponta que esta pode ser (i) por declaração de vontade em palavras, quando os contraentes assinam contrato de prorrogação ou cláusula de prorrogação; (ii) por declaração de vontade em conduta, quando os contraentes, que alugaram um ao outro as residências, não providenciaram, antes da terminação simultânea ou próxima do contrato, para mudança dos números dos telefones, nem deram aviso aos correios nem aos amigos; (iii) por declaração de vontade mediante silêncio, quando o locatário telegrafa ao locador, que está fora dizendo que ‘ficará com a casa, se ele (locador) não a quiser para morar, vindo do Brasil’ e acrescenta ‘interpretarei o

⁴⁰⁰ ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória dos contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. 2011. p. 44.

⁴⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Locação de imóveis e prorrogação*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1.956. p. 307.

seu silêncio como assentimento (locatário deve provar que o locador recebeu o telegrama); (iv) por declaração de vontade presumida por lei e, por fim, (v) por limitação legislativa à liberdade de contratar, dita aqui, prorrogação *ex lege*.

A declaração de vontade é relevante no prolongamento da relação jurídica: na prorrogação a vontade é só uma, a de prolongar o vínculo existente; na renovação, a vontade é muito mais abrangente, pois ela é a de criação de um novo vínculo, com todo o conteúdo necessário para tanto⁴⁰². Enquanto na prorrogação o mesmo contrato passa a vigor com prazo indeterminado, na renovação, as partes firmam novo contrato e fixam um novo prazo determinado.

A Lei do Inquilinato determina a *prorrogação* compulsória do contrato de locação residencial, caso tenha sido ajustado com prazo inferior a trinta meses (art. 47) e a possibilidade de o locatário propor ação *renovatória* no caso de locação comercial, desde que preenchidos os seus requisitos (art. 51).

No contrato *built to suit*, como já verificado anteriormente, a Lei 8.245/91 determina que as partes estão sujeitas às disposições procedimentais da Lei, incluindo a ação renovatória (até porque, diga-se, a Lei entende que o *built to suit* é modalidade de locação comercial). Sem prejuízo, claro, as partes podem firmar a *renovação consensual*, estabelecendo um novo contrato.

Embora a Lei do Inquilinato não possua dispositivo legal determinando a *prorrogação compulsória* do *built to suit*, nada obsta que as partes, de forma consensual, *prorroguem* a avença, mantendo-se atados ao mesmo vínculo contratual. Essa prorrogação pode se dar por declaração expressa das partes ou, ainda, quando a conduta delas indicar a intenção na prorrogação contratual.

Prorrogado consensualmente o contrato, vigorando por prazo indeterminado, segundo a regra da Lei do Inquilinato (art. 6º), o ocupante poderia denunciar o contrato a qualquer tempo (denúncia vazia), mediante aviso por escrito ao locador, com antecedência

⁴⁰² ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória dos contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. 2011. p. 45.

mínima de trinta dias. Da mesma forma, vigendo o contrato por prazo indeterminado, o proprietário também poderia pôr fim à avença, mediante denúncia vazia, concedendo ao ocupante o prazo de trinta dias para a desocupação (art. 57).

A considerar a atipicidade do contrato *built to suit* e porque a aplicação da Lei do Inquilinato é subsidiária, defendemos que as partes podem estipular consequências jurídicas diversas para a extinção do contrato.

Nesse sentido, podemos imaginar cláusula contratual dispondo que, em caso de denúncia vazia do contrato pelo proprietário, o prazo para a desocupação do imóvel será, por exemplo, de seis meses e não os trinta dias determinados no art. 57 da Lei 8.245/91. As partes também podem estabelecer que, prorrogado o contrato, a denúncia vazia somente poderia ser realizada após o transcurso de pelo menos vinte e quatro meses contados da data da prorrogação, sob pena do pagamento de multa.

No mesmo sentido, as partes também podem dispor que a denúncia dar-se-á apenas por notificação extrajudicial, não sendo válida qualquer outra forma de comunicação para esse fim. Seria possível admitirmos, inclusive, que as partes poderiam estabelecer que, prorrogado o contrato por prazo indeterminado, caberia, nos dois primeiros anos da prorrogação, denúncia cheia, por hipóteses elencadas pelos contratantes e, somente após o transcurso do prazo de dois anos, a denúncia vazia.

Enfim. A aplicação analógica dos artigos 6º e 57, da Lei do Inquilinato é, como defendemos, subsidiária nos contratos *built to suit*. As partes, portanto, estão livres para prorrogarem consensualmente o contrato e disporem sobre as consequências de tal prorrogação.

Resta saber, contudo, a depender das circunstâncias do contrato, se caberia ou não a *prorrogação compulsória* do contrato *built to suit*, mesmo diante do silêncio da Lei 8.245/91 (que possui apenas a previsão de *renovação compulsória* da locação comercial⁴⁰³).

⁴⁰³ Reitere-se que esse direito, tal como defendido anteriormente, não é possível às partes renunciarem. A ação, diga-se, deve ser proposta no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor (art. 51, § 5º, da Lei 8.245/91).

Embora a Lei do Inquilinato não possua regra determinando a *prorrogação compulsória* do contrato de locação comercial ou do *built to suit*, o Código Civil dispõe regra aplicável aos contratos em geral, limitando os efeitos da denúncia. Segundo o art. 473, parágrafo único, “se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.

Rogério Lauria Marçal Tucci⁴⁰⁴, estudioso do tema, afirma que é perfeitamente legítima a prorrogação compulsória do contrato se a denúncia for reputada abusiva, independentemente de conduta culposa do denunciante. A prorrogação compulsória, ainda segundo o Autor, deve ser admitida como sanção apta a coibir o abuso do direito de resilir⁴⁰⁵.

Esse dispositivo poderia ser aplicado, por analogia, aos contratos *built to suit*? A princípio respondemos afirmativamente. Isso porque, como vimos anteriormente, o Código Civil é fonte jurídica aplicável aos contratos *built to suit*.

Resta saber se, no caso concreto, estariam presentes os requisitos que autorizam a prorrogação compulsória do contrato *built to suit*.

Paulo Dóron Rehder de Araujo⁴⁰⁶, em sua sólida tese de doutorado, desenvolveu critérios técnicos que autorizam a prorrogação compulsória de contratos a prazo.

Segundo o Autor, como primeiro requisito, o contrato deve ser de longa duração que, tal como já estudado, não significa ser apenas um contrato de execução periódica. O contrato de longa duração tem por causa típica a satisfação de um interesse durável, ou seja, o tempo

⁴⁰⁴ TUCCI, Rogério Lauria Marçal. *Prorrogação compulsória dos contratos de longa duração*. Dissertação de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015. p. 163.

⁴⁰⁵ Cesar Santolim afirma que o parágrafo único do art. 473 pode ter fundamento no que intitula “risco moral”, ou seja, sempre que o comportamento de um sujeito de direito está “garantido” ou “protegido” por norma legal ou contratual. Assim, estabelecido o direito de resilir para uma das partes, a contraparte tem incentivos a sobreinvestir na execução do contrato, protegida que está quanto a estes investimentos, como modo de frustrar (ou mitigar) a *potestas* da primeira. (SANTOLIM, Cesar. A proteção dos investimentos específicos na rescisão unilateral do contrato e o risco moral: uma análise do art. 473, parágrafo único, do Código Civil. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 3 (2014), nº. 1, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00573_00578.pdf. Acesso em 28.12.2016).

⁴⁰⁶ ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória dos contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. 2011.

não é um “peso” aos contratantes, mas justamente o contrário. Consoante verificado anteriormente, em nossa opinião, diante de suas características, o contrato *built to suit* pode ser considerado um contrato de longa duração.

Além disso, Paulo Dóron Rehder de Araujo⁴⁰⁷ também afirma que a dependência econômica também pode ser relevante na aferição da possibilidade de prorrogação automática do contrato. Isso porque, quanto maior a dependência econômica, maior é o aumento da margem de erro da parte dependente, podendo-se concluir que ele errou (foi forçado) na determinação do prazo, que está aquém da duração útil do contrato, o que ensejaria a prorrogação compulsória.

Atente-se que a determinação incorreta da duração útil do contrato pode ser realizada por evidente equívoco de uma das partes. Nos contratos empresariais, não se pode tolerar o evidente descuido técnico de uma das partes. Contudo, sendo verificada a dependência econômica, é possível que uma das partes tenha sido forçada naquele equívoco, o que autorizaria a prorrogação contratual para que fosse preservada a duração justa do contrato.

O conceito de dependência econômica é tratado por autores de direito concorrencial. Segundo Calixto Salomão Filho⁴⁰⁸, há três hipóteses de dependência econômica: (i) dependência de sortimento, que se refere à impossibilidade de o agente em posição de inferioridade se valer de produto semelhante ao oferecido pelo agente em posição de prevalência, seja por razão de marca, de grupo de marcas ou de diferentes gêneros de produtos; (ii) dependência empresarial, em que se dá mediante a longa duração da relação contratual, impondo altos custos de saída (*sunk costs*⁴⁰⁹) para o contratante em posição de inferioridade e (iii) dependência conjuntural, que decorre do aproveitamento de período de crise (escassez) de determinado produto pelo agente em posição de vantagem.

A dependência econômica é mais fácil de visualizarmos, por exemplo, nos contratos de distribuição, em que determinada empresa fabricante de sapatos, ao longo do contrato, se

⁴⁰⁷ ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória dos contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. 2011. p. 400.

⁴⁰⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 204-214.

⁴⁰⁹ *Sunk costs* ou custos irrecuperáveis, segundo Paula Forgioni, são um tipo de custo indiossincrático quando destinados a determinado negócio. Os custos indiossincráticos são aqueles concernente a transações em que a identidade específica das partes produz relevantes consequências no plano dos custos; requerem investimentos de recurso materiais e humanos, exclusivamente direcionados para a transação. (FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 232-233).

vê dependente de matéria prima em que apenas determinado fornecedor oferece. A empresa dominante, nesse caso, valendo-se de sua posição contratual, poderia forçar o fabricante de sapatos a firmar o contrato em condições negociáveis evidentemente desfavoráveis. É por isso que a dependência econômica é elemento muito relevante na determinação da prorrogação compulsória do contrato.

Nos contratos *built to suit*, difícil imaginarmos situações em que, antes de ser firmado o contrato, haveria dependência econômica das partes, incorrendo ao futuro ocupante, por exemplo, firmar contrato *built to suit* em condições que lhe sejam desfavoráveis. A situação inversa também parece pouco provável de ocorrer na prática dos contratos.

Caso as condições impostas pelo investidor imobiliário não sejam favoráveis ao contratante, cabe ao interessado obter outros orçamentos ou mesmo se valer de outras alternativas como, por exemplo, contrato de locação pura e simplesmente. Da mesma forma, não sendo interessante ao investidor imobiliário levar à diante contrato *built to suit* nas bases contratuais sugeridas pelo futuro ocupante, bastará simplesmente não assinar o contrato.

Porque ainda inexistente vínculo entre as partes e porque não se trata de um contrato de fornecimento, distribuição ou similar, a dependência econômica entre os contratantes do *built to suit* será difícil ser demonstrada como fator preponderante para que as partes tenham firmado contrato em condições comerciais desvantajosas.

Tratando a respeito da possível “fragilidade” do ocupante para firmar contrato dessa natureza, ressalte-se que o contrato *built to suit* é cada vez mais recorrente no mercado nacional. Diversas empresas nacionais e internacionais se colocam à disposição para levar projetos *built to suit* a diante. É possível ao interessado, portanto, antes de firmar o contrato, obter diversos orçamentos. Ainda que apenas uma empresa, por exemplo, se dispusesse a construir em região longínqua, isso não significa que haveria dependência econômica entre as partes.

Caso o ocupante opte firmar contrato em condição comercial que não lhe seja totalmente favorável porque uma única empresa tenha se disposto a levar determinado o projeto adiante, significa dizermos que o contratante assumiu o risco do negócio. Não é hipótese de dependência econômica.

Paulo Dóron Rehder de Araujo⁴¹⁰ afirma que a subordinação é o elemento revelador indubitável da dependência econômica. A subordinação, contudo, ressalta o autor, não é apenas a subordinação jurídica, mas pode ser técnica e econômica. A subordinação é diferente do fato de uma das partes, embora livres para decidirem como queiram, assumam um risco contratual.

Assim, a dependência econômica das partes como elemento que justifique a contratação do *built to suit* parece-nos hipótese remota.

Por outro lado, pode ser que ao longo do curso do contrato, após anos de ocupação no imóvel, o contratante se veja numa posição em que o imóvel ocupado é imprescindível para sua atividade mercantil. Também nessa ocasião, em nossa opinião, não podemos falar em dependência econômica. O fato do imóvel ser importante para a empresa não torna o ocupante dependente economicamente do investidor imobiliário.

Verificando, ao longo dos anos, que o imóvel passou a ser muito importante para a sua atividade, cabe ao ocupante pensar em todos os cenários, seja na locação de outro espaço, compra do imóvel, contratação de outra empresa para firmar outro contrato *built to suit*, dentre outras possibilidades.

Assim, embora seja um contrato de longa duração, não havendo dependência econômica entre ocupante e o investidor imobiliário, estando o contrato vigendo pelo prazo indeterminado, a resposta imediata seria não caber a prorrogação compulsória do contrato *built to suit*.

Contudo, pode ser que as tratativas contratuais levaram às partes prorrogarem o contrato de forma indeterminada, oportunidade que o proprietário informa não haver prazo próximo para requerer a retomada do bem. As partes também podem ter prorrogado o contrato por um prazo, por exemplo, de apenas cinco anos, circunstância em que o investidor deixa claro seu interesse, ao final de tal prazo, prorrogar por outros cinco anos.

⁴¹⁰ ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória dos contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. 2011. p. 238.

Diante de tais circunstâncias, porque o comportamento do proprietário é concludente na continuidade do contrato, o ocupante pode realizar investimentos consideráveis no imóvel. Assim, no caso em que o contrato vige de forma indeterminada, poucos anos depois, o proprietário surpreende e denuncia o contrato. Já no caso em que o prazo foi prorrogado por apenas cinco anos, o proprietário também surpreende ao afirmar que não irá prorrogar ou renovar o contrato. Nessas hipóteses, ainda que não exista qualquer dependência econômica entre as partes, caberia a prorrogação compulsória do contrato *built to suit*?

Em nossa opinião, sim. Isso porque, embora a dependência econômica seja um requisito relevante para a prorrogação compulsória dos contratos, nem sempre é um requisito imprescindível.

Como bem ressaltado por Paulo Dóron Rehder de Araujo⁴¹¹, caso o comportamento concludente das partes revele a intenção na continuidade do contrato e, havendo investimentos consideráveis de uma delas em montante suficiente para permitir o prolongamento do contrato, a prorrogação compulsória serve para preservar a duração justa do contrato.

Francisco Loureiro⁴¹² afirma que em determinadas circunstâncias, a execução do contrato pode despertar nas partes a justa expectativa de que esse não mais será denunciado, estimulando-as a fazer novos investimentos e inverter mais esforços para o adimplemento.

Assim, embora em tais circunstâncias o requisito da dependência econômica não se faça necessário, os investimentos realizados por uma delas justificam a prorrogação compulsória do contrato.

Atente-se que a prorrogação compulsória do contrato não deve ser conferida apenas ao ocupante. É possível imaginarmos que, embora o contrato esteja vigendo de forma indeterminada, permitindo a qualquer tempo, a denúncia vazia pelo ocupante, o comportamento deste tenha revelado a intenção de permanecer no imóvel por longo período.

⁴¹¹ ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória dos contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. 2011. p. 405.

⁴¹² LOUREIRO, Francisco Eduardo. Extinção dos Contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 621.

Assim, na intenção de reforçar a continuidade do contrato, o investidor imobiliário, com a anuência do ocupante, realiza uma série de melhorias no imóvel. Caso, pouco tempo depois, ou seja, antes de serem recuperados tais investimentos o ocupante realize a denúncia contratual, também caberia a possibilidade de prorrogação compulsória.

Veja-se que o fundamento para a prorrogação compulsória é o abuso da posição contratual de uma das partes que realiza a denúncia vazia antes de transcorrido o prazo de duração útil do contrato frente aos investimentos realizados por uma das partes.

Diante do exposto, com fundamento no art. 473, parágrafo único do Código Civil, porque o contrato *built to suit* é um contrato de longa duração, caso uma das partes tenha realizado investimentos consideráveis e o comportamento da outra parte tenha demonstrado intenção na continuidade da avença, caberá prorrogação compulsória do contrato para que a denúncia vazia somente produza efeitos quando transcorrido prazo compatível para o retorno de tais investimentos.

A dúvida que resta é saber se os contratantes poderiam renunciar ao disposto no art. 473, parágrafo único, do Código Civil. Rogério Lauria Tucci⁴¹³ afirma que o fundamento dogmático do art. 473, parágrafo único, é vedar o abuso de poder econômico e o abuso do direito de resilir. Araken de Assis⁴¹⁴, comentando o dispositivo, afirma que o princípio da boa-fé impede que ocorra a rescisão antes que haja um retorno mínimo dessas inversões financeiras⁴¹⁵. José Fernando Simão⁴¹⁶, por sua vez, afirma que o fundamento do art. 473, parágrafo único, do Código Civil é a função social do contrato, em sua eficácia interna.

⁴¹³ TUCCI, Rogério Lauria Marçal. *Prorrogação compulsória dos contratos de longa duração*. Dissertação de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015. p. 36 e seguintes.

⁴¹⁴ ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Do Direito das Obrigações*. v. 5. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 577.

⁴¹⁵ Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, o verdadeiro critério do abuso de direito parece se localizar no princípio da boa-fé (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*. 4ª ed. Salvador: Jus Podium, 2014. p. 183). Já Teresa Cristina, por sua vez, afirma que a boa-fé e abuso de direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes. (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 183).

⁴¹⁶ SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Contratos*. (série leituras jurídica: provas e concursos, v. 5). São Paulo: Atlas, 2010. p. 137

Permitir a renúncia do disposto no art. 473, parágrafo único, seria permitir a uma das partes abusar ao direito de resilir o contrato, o que parece, inicialmente, uma afronta ao art. 422, do Código Civil.

Assim, porque a rescisão abrupta poderia infringir o princípio da boa-fé, uma possível interpretação poderia afirmar que o dispositivo é norma de ordem pública e, portanto, irrenunciável, mesmo em contratos empresariais. Esse é o entendimento, por exemplo, de Flavio Tartuce⁴¹⁷. Paula Forgioni⁴¹⁸, por sua vez, embora não mencione expressamente se tratar de um dispositivo de ordem pública, demonstra que o art. 473, parágrafo único é aplicado de forma recorrente em contratos empresariais, sobretudo nos contratos de distribuição.

Parece-nos, de fato, que mesmo nos contratos empresariais de *built to suit*, embora o princípio da autonomia privada deva ser respeitado, a renúncia à possibilidade de prorrogação compulsória do contrato *built to suit* significa permitir a uma das partes, quando da rescisão abusiva, ferir a boa-fé, algo inadmissível ao direito contratual.

⁴¹⁷ Dentre eles, cite-se Flavio Tartuce (TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. v. 3. 11ª ed. São Paulo: Forense, 2016. p. 272).

⁴¹⁸ FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 298 e seguintes.

2) Distrato do contrato *built to suit*

Como nos ensina Pontes de Miranda⁴¹⁹, o distrato é trato em sentido contrário, *contratus contrarius*. É contrato feito para extinguir outro. Serve para desatar o vínculo contratual nos termos convencionados pelos próprios distratantes.

Araken de Assis⁴²⁰ assevera que o distrato não resile o contrato, porque não o dissolve, ou desfaz, desde o início (resolução, eficácia *ex tunc* – regra geral) ou a partir de certo momento (resilição, eficácia *ex nunc*). O distrato elimina a eficácia do negócio quanto ao futuro, de modo que o contrato que foi, continua sendo, embora acabado, encerrado e desprovido de efeitos. O distrato, ainda segundo o autor, não “descontrata”, exceto em sentido assaz figurado. Tampouco consagra um mútuo dissenso: os distratantes concordam plenamente, entre eles não há um desacordo ou desentendimento, vez que ambos, obviamente, querem distratar.

Com relação aos efeitos, segundo Pontes de Miranda⁴²¹, quem distrata não resolve. Não resolve porque nada se solve, resolve ou dissolve: o que era continua, mas sem efeitos. O distrato, portanto, se passa no plano da eficácia. Foi, não é mais.

O objetivo do distrato é amplo: o que pode ser contratado pode ser dissolvido⁴²². A autonomia privada autoriza que as partes fiquem livres para extinguirem o contrato da melhor forma que lhes convier⁴²³.

⁴¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial – Direito das obrigações: Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção.* Tomo 25. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. p. 281.

⁴²⁰ ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Do Direito das Obrigações.* v. 5. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 553.

⁴²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial – Direito das obrigações: Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção.* Tomo 25. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. p. 281.

⁴²² LOUREIRO, Francisco Eduardo. Extinção dos Contrato. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.) *Teoria geral dos contratos.* São Paulo: Atlas, 2011. p. 613.

⁴²³ Contudo, nos contratos cuja forma é prescrita em lei, o art. 472 do Código Civil determina que o distrato deve ser realizado pela mesma forma que o contrato a ser extinto foi celebrado. Ou seja, se a lei exige a escritura pública para a validade daquele, as partes não podem distratá-lo por instrumento particular. Do contrário, nada obsta que um contrato de locação (para o qual a lei não exige forma expressa), firmado por escrito, seja distratado de forma verbal. A esse respeito, Francisco Eduardo Loureiro afirma que o Código Civil adotou o princípio da atração mitigada das formas, ou seja, deve necessariamente o distrato ter a mesma forma do contrato quando este for solene. (LOUREIRO, Francisco Eduardo. Extinção dos Contrato. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos.* São Paulo: Atlas, 2011. p. 613).

Tratando-se de contrato não solene, o contrato *built to suit* pode ser distratado pelas partes de forma livre. Embora tenha sido firmado por escritura pública, porque a lei não estabelece forma prescrita em lei, as partes podem realizar o distrato por instrumento particular.

Com fundamento no princípio da autonomia privada, as partes estão livres para determinar as consequências da extinção contratual, dispendo a respeito da eventual multa a ser paga, data para desocupação do imóvel, eventual indenização por utilização irregular do imóvel, bem como outras consequências.

3) Resolução contratual

3.1 Resolução por descumprimento contratual

Pedro Pais de Vasconcelos⁴²⁴ define a resolução como declaração unilateral receptícia pela qual uma das partes, dirigindo-se à outra, põe fim ao negócio retroativamente, destruindo assim a relação contratual.

A resolução, em regra geral, pressupõe, segundo Ruy Rosado Aguiar⁴²⁵, o descumprimento do devedor⁴²⁶. Assim, se um dos contratantes tiver culpa na extinção do contrato, estaremos diante de inadimplemento voluntário, que vai ter como consequência a faculdade da parte prejudicada pedir a resolução do contrato ou seu cumprimento, cabendo cumulativamente o pedido de indenização (art. 475, do Código Civil).

A resolução contratual tem por escopo fazer retornar as partes ao *status quo ante*, ou seja, opera, regra geral, de forma *ex tunc*⁴²⁷.

O caminho para a declaração da resolução judicial pode ser judicial ou extrajudicial. Orlando Gomes⁴²⁸ nos ensina que o exercício da faculdade de resolução é distinto por dois sistemas: o francês e o alemão. Pelo sistema francês, a resolução tem de ser requerida judicialmente. Já pelo sistema alemão, ao contrário, admite-se a resolução sem intervenção judicial. O contrato resolve-se de pleno direito. Assim, se um dos contratantes não cumpre a sua obrigação, pode o outro declarar resolvido o contrato, independentemente de pronunciamento judicial.

⁴²⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 773.

⁴²⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004. p. 31.

⁴²⁶ Verificar, como contraponto, a obra de Joana Ferrajota (FERRAJOTA, Joana. *A resolução do contrato sem fundamento*. Coimbra: Almedina, 2015).

⁴²⁷ Contudo, como bem ressaltado por Orlando Gomes, só é possível remontar à situação anterior à celebração do contrato se este não for de trato sucessivo, pois, do contrário, a resolução não tem efeito em relação ao passado; as prestações cumpridas não se restituem. Assim, ainda segundo Orlando Gomes, o efeito da resolução entre as partes varia, pois, conforme o contrato, seja de execução única ou de duração. No primeiro caso a resolução opera *ex tunc*, no segundo, *ex nunc*. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Cresenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 210).

⁴²⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Cresenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 207.

O sistema brasileiro é híbrido. Isso porque o artigo 474 do Código Civil determina que a “cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”.

Assim, se o contrato estabelecer uma cláusula resolutiva expressa, ou seja, uma disposição contratual em que as partes reforçam que ocorrendo o inadimplemento contratual o contrato resolve-se automaticamente, sem a necessidade de declaração judicial, estaremos diante do sistema alemão⁴²⁹.

Contudo, caso não haja a previsão de uma cláusula resolutiva expressa, estaremos diante do sistema francês⁴³⁰ e haverá a necessidade de interpelação judicial. Nesse caso, estaremos diante da cláusula resolutiva tácita (art. 475 do Código Civil).

Mas ainda que o direito pátrio autorize a possibilidade de resolução automática em virtude de cláusula resolutiva expressa, há julgados que determinam que a resolução deve ser declarada judicialmente de forma obrigatória⁴³¹.

⁴²⁹ Sobre a desnecessidade da interferência judicial na declaração da resolução, manifestou-se Daniel Ustárróz: “[...] ao se firmarem o pacto, as partes apontam de antemão nos quais o contrato é resolvido, descabe ao Judiciário outra conduta que não a de chancelar suas vontades. Dentro desse contexto, qualquer alteração do conteúdo do contrato deve se dar mediante o reconhecimento das figuras que permitem a anulação do negócio jurídico e jamais pela mera vontade do julgador e sua ideia particular de justiça. Quer dizer isto que, caso o contrato tenha sido celebrado longe de vícios, não cabe a terceiros analisar a gravidade ou não da conduta prescrita na cláusula resolutiva, pois a mesma fora elaborada pelos próprios interessados” (USTARRÓZ, Daniel. A resolução do contrato no novo Código Civil. *Revista Jurídica*, n. 304, ano 51, p. 32-53, fevereiro de 2003, p. 36). Na mesma senda, Antônio Celso Pinheiro Franco e José Roberto Pinheiro Franco asseveram: “Também adotamos essa linha de pensamento entendendo que havendo cláusula resolutiva expressa estabelecida pelas partes, isso permite ao interessado fazer uso direto da reintegratória, independentemente de uma ação prévia de rescisão contratual” (PINHEIRO FRANCO, Antônio Celso; PINHEIRO FRANCO José Roberto. Cláusula resolutiva expressa: o exato sentido do art. 119 do CC/1916 e dos arts. 128 e 474 do Diploma Substantivo de 2002. *Revista do Instituto dos Advogados*, ano 13, n. 25, janeiro-junho de 2010, p. 80).

⁴³⁰ O Código Civil francês (art. 1.184) determina: “Art. 1.184. La résolution doit être demandée en justice”.

⁴³¹ No Estado de São Paulo, por exemplo, grande parte da jurisprudência entendia pela necessidade de interposição de ação judicial para a declaração de resolução de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que o contrato dispusesse de cláusula resolutiva expressa. Nesse sentido: “*Ação de reintegração de posse derivada da falta de pagamento das prestações do imóvel transacionado, pelo cooperado*. Liminar bem denegada, agravo contra a denegação improvido. Necessidade de primeiro ser rescindido o negócio, ainda que haja cláusula resolutiva expressa” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 8ª Turma Cível, Apelação 991.06.040542-2, Rel. Min. Luiz Ambra, j. 26 de maio de 2010).

Ressalte-se, todavia, que esse entendimento aparenta estar sendo alterado em virtude da recente Lei 13.097/2015, que trouxe inovações ao Decreto-Lei 745/69. A referida Lei altera o disposto no art. 1º, do Decreto-Lei 745/69, nos seguintes termos: “Art. 1º Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda que não tenham sido registrados junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, o inadimplemento absoluto do promissário comprador só se caracterizará se, interpelado por via judicial ou por intermédio de cartório de Registro de Títulos e Documentos, deixar de purgar a mora, no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da interpelação. Parágrafo único. *Nos contratos nos quais conste cláusula resolutiva expressa, a resolução por inadimplemento do promissário comprador se operará de pleno*

Nos contratos *built to suit*, a resolução contratual poderá ser aplicada nos casos onde houver descumprimento de uma das partes.

Por se tratar de um contrato atípico, em que as cláusulas contratuais têm muita relevância, as partes podem estabelecer cláusula resolutiva expressa, consignando, inclusive, o que é ou não considerado descumprimento, a ensejar a resolução automática do contrato, sem a necessidade de declaração via judicial.

Assim, caso o proprietário não tenha realizado a obra a contento, seja porque se afastou das instruções recebidas, ou porque a realizou sem observância das normas técnicas, caracterizando o inadimplemento contratual, o ocupante, com fundamento na cláusula resolutiva expressa poderá rejeitar o recebimento da obra e, conseqüentemente, resolver de pleno direito o contrato. É possível, ainda, que o contrato contenha a previsão de que, ao final da obra, deverá ser procedida vistoria final por empresa terceirizada para confirmar a boa execução da obra, sob pena de resolução contratual.

Por outro lado, a resolução do contrato também pode ser requerida pelo proprietário, em caso de descumprimento do ocupante. Havendo cláusula resolutiva expressa determinando, por exemplo, que a mora consecutiva de três parcelas da remuneração mensal enseja o inadimplemento absoluto da obrigação, permitindo a resolução automática do contrato, com a possibilidade da cobrança dos encargos decorrentes do inadimplemento,

direito (art. 474 do Código Civil), desde que decorrido o prazo previsto na interpelação referida no caput, sem purga da mora". A redação do parágrafo único é, em nossa opinião, bastante clara ao determinar que, havendo cláusula resolutiva expressa nos contratos de venda e compra, não sendo purgada a mora, a resolução será automática, ou seja, sem a necessidade de propositura de ação judicial. A jurisprudência, aparentemente já parece admitir essa hipótese de resolução automática. Nesse sentido: "TUTELA ANTECIPADA – Compromisso de compra e venda – Decisão que deferiu liminar para reintegração dos autores promitentes vendedores na posse do imóvel – Inconformismo dos réus, que imputam aos autores a culpa pelo inadimplemento, bem como sustentam a necessidade de prévia rescisão do contrato por determinação judicial – Descabimento - art. 1º do Decreto-Lei nº 745 de 7 de agosto de 1969 teve sua redação recentemente alterada pela Lei nº 13.097 de 19 de janeiro de 2015, dando eficácia à cláusula resolutória expressa quando o promissário comprador é interpelado e deixa de purgar a mora no prazo de 15 dias contados do recebimento desta – Ainda que a notificação previamente encaminhada pelos autores não tenha sido feita pela via judicial ou por intermédio de cartório de títulos, a citação para o feito de origem faz as vezes de interpelação judicial – Incontroverso o inadimplemento e não havendo notícia de purgação da mora, realmente não há óbice ao deferimento da antecipação de tutela, ante a eficácia da cláusula resolutória – Réus recorrentes, ademais, que segundo suas próprias razões, não mais estariam exercendo a posse do imóvel – Decisão mantida – Recurso desprovido". (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 2079575-67.2016.8.26.0000, Relator(a): Rui Cascaldi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 06/07/2016; Data de registro: 06/07/2016).

deverá o ocupante deixar o imóvel e realizar o pagamento dos valores devidos pelo descumprimento contratual.

Naturalmente que, não concordando a parte contrária com os motivos para a resolução contratual (porque ausente os requisitos de preenchimento do descumprimento contratual, por exemplo), poderá manejar ação para que o contrato não seja resolvido, porque ausente qualquer infração às obrigações entabuladas na avença.

Sendo hipótese de resolução contratual, restando claro o inadimplemento do ocupante, mas, ainda assim, caso este se negue a deixar o imóvel, o proprietário poderá manejar ação de despejo que, tal como visto anteriormente, é disposição procedimental também aplicável ao contrato *built to suit*. A sentença de uma ação de despejo, segundo Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe⁴³² se reveste de uma carga declarativa para resolver o contrato. De fato: o art. 62, incisos I, II, IV e VI, da Lei do Inquilinato assevera que o despejo poderá ensejar a ‘rescisão’⁴³³ da locação.

Ressalte-se que a resolução do contrato requerida pelo proprietário pode ser fundada não apenas na falta do pagamento. O descumprimento contratual pode ter fundamento no uso irregular do imóvel, modificações no imóvel sem autorização, dentre outras circunstâncias em que as partes estabeleçam como situações que caracterizam o inadimplemento contratual.

⁴³² RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Locação: questões processuais e substanciais*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 146.

⁴³³ O termo ‘rescisão’ utilizado no art. 62, da Lei do Inquilinato provavelmente foi influenciado pela má redação do art. 1.092, do antigo Código Civil de 1916, que permitia a “rescisão” do contrato em razão de inadimplemento de uma das partes. Felizmente, esse erro legislativo foi superado pelo art. 475 do Código Civil de 2002. De todo modo, o termo rescisão contratual continua bastante aplicado na prática forense. Ademais, conforme manifestou Francisco Eduardo Loureiro, inegável a ampla utilização do termo rescisão pelos operadores do direito, tanto por advogados em negócios jurídicos, como juízes em sentenças. Ganhou sentido muito mais amplo e sedimentado pelo costume: passou a ser gênero de extinção do contrato (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Extinção dos contratos*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 611). A nosso turno, no direito brasileiro, entendemos que a rescisão não é a expressão mais técnica para indicar determinada forma de extinção do contrato. Quando o operador do direito se depara com o termo rescisão, deve investigar qual a razão para a extinção daquele negócio jurídico para verificar, no caso concreto, se é caso de resolução ou resilição. Assim, por exemplo, o Código Civil brasileiro emprega o termo rescisão em apenas quatro situações. São elas: artigos 455, 607, 609 e 810. Em todas as situações é fácil notar que apesar da palavra rescisão, estamos diante de hipóteses de resolução ou resilição. O artigo 607, por exemplo, estabelece que o contrato de prestação de serviço será extinto com a morte de qualquer das partes, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra ou “pela rescisão do contrato mediante aviso prévio”. Trata-se, em verdade de denúncia do contrato, ou seja, hipótese de resilição unilateral.

3.2 Resolução contratual por onerosidade excessiva e revisão contratual

Consoante o art. 478, do Código Civil, nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

A considerar que a resolução contratual é sempre consequência drástica, necessário verificarmos os controversos requisitos do art. 478, do Código Civil.

Antes, contudo, com base na lição de Otavio Luiz Rodrigues Junior⁴³⁴, devemos examinar quais as circunstâncias em que o dispositivo *não* deve ser aplicado. Segundo Rodrigues Junior⁴³⁵, (i) a mera impossibilidade econômica de uma das partes, consubstanciada no empobrecimento do contratante ou (ii) alteração da realidade econômica não são podem ser justificativas para a resolução por onerosidade excessiva⁴³⁶.

Com razão o autor. As circunstâncias que autorizariam a extinção contratual sem culpa das partes, mas por fatos imprevisíveis, devem ser restritas. Na realidade, o art. 478, do Código Civil, determina que a resolução por onerosidade excessiva pode ocorrer em virtude de acontecimentos *extraordinários* e *imprevisíveis*, ou seja, estamos diante do campo de aplicação da teoria da imprevisão⁴³⁷.

⁴³⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 127.

⁴³⁵ Ademais, como bem asseverado pelo autor, a ruína pessoal ou societária há de ser tratada como risco nas atividades negociais. O repúdio à ideia da impossibilidade econômica pessoal como causa de imprevisão serve para preservar a segurança das relações jurídicas, à medida que a teoria da alteração das circunstâncias não pode ser um instrumento de subversão do contrato e do princípio do *pacta sunt servanda*, enaltecendo o mau devedor, que inelutavelmente esconderia essa sua condição sob os sedutores argumentos da pauperização individual, de grande apelo aos sentimentos. (RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 130).

⁴³⁶ Como contraponto, cite-se CATALAN, Marcos. Repensando as cercanias da ‘mora debitoris’: um ensaio inspirado nas crises econômicas que assolam o século XXI. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. v. V, n. 20, dezembro 2015. p. 231 a 242.

⁴³⁷ A *teoria da imprevisão*, que tem por pressuposto a imprevisibilidade, a excepcionalidade da álea e o desequilíbrio das prestações, teve o seu início no século XX, na França, quando, no curso da Primeira Guerra Mundial, a cidade de Bordeaux e a concessionária de produção de gás litigaram a respeito do preço pelo qual o gás era vendido. Naquela altura, com a repentina alta do carvão, o Conselho de Estado admitiu uma indenização em favor da empresa, vítima do desequilíbrio contratual.

Problema é saber quando os contratantes estão diante de situações em que podem ser caracterizadas como previsíveis ou não.

Caio Mário da Silva Pereira⁴³⁸ afirma que todo o contrato é previsão e, em todo o contrato, há margem para oscilação do ganho e da perda em termos que permitem lucro e prejuízo.

Tratando sobre previsibilidade dos negócios jurídicos, Otávio Rodrigues Junior⁴³⁹ afirma que os negócios humanos devem, obviamente, vir cercados de cautelas, precauções, cálculo e prudência. O que se exige, segundo o autor, é o cálculo e a prudência nos negócios.

Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha⁴⁴⁰, em trabalho específico sobre o tema, afirma que todo contratante, ao tempo das negociações pré-contratuais, faz esboços da situação atual, a fim de descobrir se os termos contratuais encontram-se vantajosos ou não, dentro de uma necessária relação de equilíbrio. Se há a previsão para o futuro de um acontecimento que poderá influir na vantagem trazida pelo contrato, tal acontecimento não poderá, de normal, ser apresentado pela parte como uma causa para a revisão contratual, eis que ele poderia ser previsto. De igual modo, arremata o autor, caso esse acontecimento fizesse parte dos riscos próprios do contrato, não poderia ser arguido pela parte prejudicada, mesmo que ela não houvesse o previsto.

Para Inocêncio Galvão Telles⁴⁴¹, circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar são as circunstâncias que determinaram as partes de contratar, de tal modo que, se fossem outras, não teriam contratado, ou tê-lo-iam feito, ou pretendido fazer, em termos diferentes. Ou não passou sequer pela cabeça dos interessados que o *status quo* se modificaria; ou admitiriam que tal ocorresse, mas em medida irrelevante. Sendo assim, para

⁴³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 162. Ainda segundo o autor, quando é ultrapassado um grau de razoabilidade, que o jogo da concorrência tolera, e atinge-se o plano de desequilíbrio, não pode se omitir do homem o direito e deixar que, em nome da ordem jurídica e por amor ao princípio da obrigatoriedade do contrato, um dos contratantes leve o outro à ruína completa e extraia para si o máximo benefício.

⁴³⁹ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 137.

⁴⁴⁰ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007. p. 209.

⁴⁴¹ TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 4. ed. Coimbra: [s.n.], 2002, p. 343-344).

esse jurista, a resolução por onerosidade excessiva apenas deve ser possibilitada quando a alteração é significativa, que deve assumir apreciável vulto⁴⁴².

Todavia, se admitirmos que somente os eventos espetacularmente imprevisíveis é que são passíveis de resolução do contrato, corremos o risco, segundo Ênio Zuiliani⁴⁴³, de restringir o campo de atuação do instituto, aproximando-o de situações que são típicas do caso fortuito e da força maior. Ainda segundo o autor⁴⁴⁴, a imprevisibilidade deve ser entendida como fenômeno que, embora capaz de se suceder – como quase tudo é possível acontecer, inclusive as piores fatalidades –, não foi ponderado pelos contratantes como sendo possível de interferir na conclusão do contrato.

Na tentativa de dar a correta interpretação ao que seria a imprevisibilidade declarada no art. 478 é que o enunciado 175, do Conselho da Justiça Federal, assevera que “a menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz”.

Assim, como primeiro requisito para resolução do contrato por onerosidade excessiva, o contratante deve provar que o contrato nasceu equilibrado e um fenômeno extraordinário e imprevisível causou um desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação. Seguindo a linha do enunciado 175, embora o fato pudesse ser previsto, as consequências imprevisíveis do fato previsível também podem justificar o pedido de resolução contratual.

⁴⁴² Em virtude da dificuldade relacionada com o tema, o Conselho da Justiça Federal editou alguns enunciados: Enunciado 17 – Art. 317: a interpretação da expressão “motivos imprevisíveis”, constante do art. 317 do novo Código Civil, deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis.

Enunciado 175 – Art. 478: A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz.

⁴⁴³ Ainda segundo Ênio Zuiliani, “uma greve dos aeroportuários, a qual inviabiliza pousos e decolagens, é um evento extraordinário e imprevisível e pode alterar determinadas relações contratuais dependentes do transporte aéreo, o que elimina a probabilidade de contratos independentes sofrerem alterações” (ZULIANI, ÊNIO. Resolução do contrato por onerosidade excessiva. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 656).

⁴⁴⁴ Ainda segundo Ênio Zuiliani, “uma greve dos aeroportuários, a qual inviabiliza pousos e decolagens, é um evento extraordinário e imprevisível e pode alterar determinadas relações contratuais dependentes do transporte aéreo, o que elimina a probabilidade de contratos independentes sofrerem alterações” (ZULIANI, ÊNIO. Resolução do contrato por onerosidade excessiva. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 656).

Além imprevisibilidade, o dispositivo legal também assevera que a prestação que se torna onerosa a uma das partes deve ensejar *extrema vantagem* para a outra.

A referida vantagem determinada no dispositivo é criticada amplamente pela doutrina. Segundo Otavio Luiz Rodrigues Junior⁴⁴⁵, o que importa é a alteração das circunstâncias, não se exigindo ganho exagerado de uma das partes, mas apenas o reestabelecimento do sinalagma primitivo, mediante aplicação de princípios e da interpretação dos contratos⁴⁴⁶.

De fato, não se conhece nenhuma outra legislação que possua como requisito a extrema vantagem a uma das partes para que a resolução do contrato seja decretada. As legislações portuguesa e italiana, por exemplo, não possuem tal requisito⁴⁴⁷.

A crítica da doutrina brasileira resultou na aprovação do enunciado nº 365, do Conselho da Justiça Federal para afirmar que “a extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena”.

⁴⁴⁵ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 145.

⁴⁴⁶ Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, criticando o art. 478, assevera que nem sempre a onerosidade excessiva para o contratante hipossuficiente virá acompanhada da vantagem extrema para a parte mais forte da relação contratual (CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007. p. 217).

⁴⁴⁷ O Código Civil português não fala de resolução por onerosidade excessiva, mas, sim, por alteração das circunstâncias. Segundo o art. 437, 1º, 1. “Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”. Comentando o dispositivo, Pires de Lima e Antunes Varela afirmam que os requisitos para a resolução ‘fundada em alteração das circunstâncias são (i) alteração *anormal* das circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar; (ii) caso fique comprovado que a manutenção do contrato, tendo em conta a alteração das circunstâncias, poderá trazer lesão grave para uma das partes; (iii) caso exista perturbação grave dos princípios da boa-fé; (iv) que o contrato não seja de execução imediata, isto é, alguma das prestações seja realizada no futuro e (v) que a alteração da circunstância não se encontre abrangida pelos riscos do próprio contrato (LIMA, Fernando Pires de; VARELA, Antonio João Antunes. *Código Civil*. 4ª ed. v. I. Coimbra: Coimbra Ediotra, 1987. p. 413). O Código Civil italiano, por sua vez, determina no art. Art. 1467 “nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’art. 1458 (att. 168)”. Como se verifica, ambas as legislações não mencionam a respeito de qualquer vantagem para que a resolução seja determinada.

Em resumo, após a edição do Código Civil, a doutrina tem entendido que, nos contratos de trato sucessivo, sendo verificados fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas com consequências imprevisíveis, a parte lesada poderá requerer a resolução do contrato, independentemente de a imprevisibilidade causar extrema vantagem à parte contrária.

Não se deve entender que a doutrina tenha flexibilizado os requisitos para a resolução do contrato. Preferimos dizer que a doutrina fez adequações técnicas, mas as circunstâncias que autorizariam a resolução do contrato com fundamento no art. 478, do Código Civil, continuam sendo restritas.

Defendemos que, nos contratos paritários⁴⁴⁸, somente os riscos efetivamente anômalos, que fogem da previsão razoável dos contratantes é que, consoante a letra do Código, poderiam dar ensejo à resolução do contrato. A extinção contratual com fundamento na onerosidade excessiva é a última medida que se impõe. De fato, na prática jurídica, raros os casos efetivamente *resolvidos* por onerosidade excessiva.

É por isso que o art. 479, do Código Civil, determina que a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se ao réu a possibilidade de modificar equitativamente as condições do contrato. Prefere-se, portanto, a revisão contratual à resolução.

Ademais, também a esse respeito, há enunciados do Conselho da Justiça Federal asseverando que, nos casos de onerosidade excessiva, deve ser prestigiada a revisão contratual e não a resolução do contrato⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ O Código de Defesa do Consumidor, ao cuidar da onerosidade excessiva, não segue a noção da teoria da imprevisão, ou seja, nas relações de consumo, basta o desequilíbrio objetivo entre as prestações para que o consumidor possa invocar a resolução do contrato. Não importará se o fator de desequilíbrio era ou não previsível ou ordinário. Não importará, ainda, a prova de que haveria extrema vantagem patrimonial à parte contrária, caso o contrato fosse efetivamente cumprido. Nesse sentido, veja-se que o art. 6º, inciso V, determina que é direito básico do consumidor a revisão contratual em razão de “fatos supervenientes” que torne as cláusulas contratuais “excessivamente onerosas”.

⁴⁴⁹ Enunciado 176 – Art. 478: Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002, deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual. Em sentido próximo é a redação do Enunciado 367 – Art. 479: Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório.

O art. 478, portanto, embora cuide da resolução do contrato, não impede que o juiz realize a revisão do contrato, mesmo com fundamento naquele dispositivo.

A revisão do contrato, contudo, não possui fundamento apenas no art. 479, do Código Civil. O art. 317, do Código Civil, determina que, quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Enquanto o art. 479 encontra-se na Seção IV (resolução por onerosidade excessiva), do Capítulo II (da extinção do contrato) o art. 317 encontra-se na seção III (do objeto do pagamento e sua prova), do Capítulo I (do pagamento).

A doutrina critica o fato de ambos os dispositivos tratarem sobre a possibilidade de revisão contratual, por fatos imprevisíveis. A esse respeito, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha⁴⁵⁰ afirma que os conceitos de onerosidade excessiva (art. 478) e desproporção manifesta (art. 317), mencionados no Código, não possuem distinções entre si, ambos lidando com a questão da relação de equivalência material do contrato.

Embora ambos os dispositivos estejam tratando sobre a possibilidade de revisão do contrato, atente-se que o art. 479 é uma defesa do réu para que não seja resolvido o contrato. Tecnicamente, como nos ensina Daniel Amorim Assunção Neves⁴⁵¹, o dispositivo simplesmente prevê a possibilidade de tal pedido ser elaborado pelo réu quando demandado pelo autor que pretende a resolução do contrato por onerosidade excessiva, mas em nenhum momento é capaz de transformar a natureza da relação jurídica que envolve os contratantes. Assim, ainda segundo o autor, o art. 479 criou uma espécie de pedido contraposto, que poderá ser aplicado a qualquer situação processual, pouco importando as previsões específicas nesse diploma legal.

⁴⁵⁰ CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007. p. 215.

⁴⁵¹ NEVES, Daniel Amorim Assunção. Pretensão do réu de manter o contrato com modificação de suas cláusulas diante de pedido do autor de resolução por onerosidade excessiva – pedido contraposto previsto pela lei material (art. 479). In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; e TARTUCE, Flavio (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 715.

Assim, a ação de revisão contratual não poderia ser proposta com fundamento no art. 479, do Código Civil, porque a revisão, segundo o dispositivo, seria matéria em defesa da manutenção do contrato, quando proposta ação resolutive. Nessa linha, Araken de Assis⁴⁵² afirma que o réu deduzirá sua pretensão de revisão do contrato através de reconvenção e, não, inserindo-a como matéria de contestação.

Não é escopo do presente trabalho avançarmos nas questões processuais envolvendo o pedido de revisão do contrato, seja com fundamento no art. 317 ou 479, ambos do Código Civil.

Para os fins a que se destinam o presente trabalho, nosso interesse é saber da possibilidade de ser resolvido ou revisto o contrato *built to suit* em razão de circunstâncias imprevisíveis.

Não há dúvidas de que os dispositivos mencionados são fontes normativas do contrato *built to suit*. Caberia, portanto, a resolução do contrato, desde que previstos os requisitos para tanto.

De todo modo, no contrato *built to suit*, diante da magnitude das prestações envolvidas, da atipicidade do contrato e da necessidade de respeito às regras estabelecidas no contrato, a decretação da resolução contratual por onerosidade excessiva ou imprevisibilidade requer uma verificação extremamente cautelosa dos seus requisitos. Há necessidade de ser analisada a efetiva ocorrência de evento imprevisível, capaz de ensejar a extinção contratual.

No trâmite do processo, deve ser verificado, através de uma análise técnica e objetiva, se o alegado evento imprevisível não poderia ter sido previsto pela parte que requer a extinção. Há necessidade de ser apurado, no caso concreto, se o evento poderia ser evitado ou mesmo se fazia parte do risco que o contratante sabia ou deveria saber.

⁴⁵² ASSIS, Araken de. *Comentários so Código Civil Brasileiro: Do Direito das Obrigações*. v. 5. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 730/731.

A respeito da cautela jurídica dos negócios jurídicos, Otávio Luiz Rodrigues Junior⁴⁵³ afirma que o administrador de uma sociedade por ações deve empregar, no exercício de seus ofícios, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo destina à condução de seus negócios. Ocorre que, no âmbito dos gestores das companhias, essa diligência assume caracteres mais severos. Expressa qualidade técnica, experiência e conhecimento específicos, formação superior e noção das peculiaridades do mercado que atua a sociedade.

A cautela jurídica e técnica antes de ser firmado o contrato *built to suit* é enorme. O investidor, mediante qualificada equipe técnica, deve mensurar todos os riscos envolvidos na aquisição de um imóvel e construção para ceder o uso à outra empresa. O risco do negócio, pelo investidor, deve ser calculado de acordo com a localidade do imóvel, tipo de construção envolvida, estudo do projeto solicitado pelo futuro ocupante, possibilidade ou não de securitização dos recebíveis, possibilidade de comercialização do imóvel após o transcurso do prazo determinado, dentre outros inúmeros fatores.

Da mesma forma, o futuro ocupante, antes de firmar o contrato, deve se atentar ao valor da cláusula penal estabelecida em caso de denúncia antecipada do contrato, se possui condições financeiras de arcar com a remuneração mensal estabelecida pela cessão do uso, além das possíveis obrigações decorrentes da manutenção do imóvel.

De todo modo, mesmo tendo realizado os estudos técnicos preliminares, estimando e prevendo os riscos previstos para esse tipo de contrato é possível, por exemplo, que durante a construção, o investidor esteja diante de um fato efetivamente imprevisível, fato que enseja o atraso da entrega da edificação.

Todavia, com fundamento no art. 479, parece-nos que ao invés de ser determinada a resolução do contrato, dever se tentar a revisão, oportunidade em que, por exemplo, o prazo de entrega da obra poderia ser prorrogado, sem o pagamento de multa. Assim como nos demais contratos, prefere-se a revisão à resolução contratual.

⁴⁵³ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 137.

A respeito da revisão, pensamos como Otávio Luiz Rodrigues Junior⁴⁵⁴ que, embora defenda a possibilidade de as partes renunciarem ao direito de *revisão da remuneração* nos contratos *built to suit* (art. 54-A, § 1º, da Lei 8.245/91), assevera não haver impedimento de se deduzir uma pretensão revisional, com base no artigo 479, do Código Civil, desde que comprovada a ocorrência de alterações das circunstâncias, timbrada pelo binômio imprevisão-onerosidade excessiva⁴⁵⁵.

Da mesma forma, Paula Miralles⁴⁵⁶ entende que a autorização da renúncia ao direito de revisão do valor locativo não afasta a possibilidade de revisão do contrato no caso de onerosidade excessiva decorrente de circunstâncias imprevisíveis.

Concordamos com a posição dos autores. A natureza jurídica do contrato *built to suit* se enquadra perfeitamente na possibilidade de as partes renunciarem ao direito de pleitearem pela revisão da remuneração do contrato *built to suit*, ação que possui fundamento nos artigos 68 a 70, da Lei do Inquilinato. Isso porque, não havendo qualquer imprevisão no contrato, a característica do *built to suit* impõe que as partes respeitem os valores estabelecidos no contrato.

Todavia, diante de circunstâncias efetivamente imprevisas, porque o Código Civil é uma das fontes jurídicas do contrato *built to suit*, nada obsta que, presentes os seus requisitos, uma das partes possa formular pedido de revisão, decorrente de fatos imprevisíveis que, conseqüentemente, ocasionam a impossibilidade de uma das partes cumprir suas obrigações nos moldes originalmente ajustados.

Assim, a resolução ou revisão do contrato, fundamentada na onerosidade excessiva ou imprevisibilidade, requer a verificação objetiva que, de fato, em razão de fenômeno imprevisível, da qual o contratante não poderia prever, a manutenção da avença, nos termos originalmente contratados, se torna impossível a uma das partes.

⁴⁵⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Rejeição de reformas e revisão do contrato built to suit*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/direito-comparado-rejeicao-reformas-revisao-contrato-built-to-suit>. Acesso em 4 de julho de 2015.

⁴⁵⁵ Essa também é a opinião de Frederico Favacho. (FAVACHO, Frederico [et. al.] *Lei do Inquilinato: comentada artigo por artigo*. Organizadores: Luiz Antonio Scavone Junior e Tatiana Bonatti Peres. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 371).

⁴⁵⁶ ARAUJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2014. p. 115.

CONCLUSÃO

O contrato *built to suit*, antes mesmo da edição da lei 12.744/2012, já era uma modalidade contratual socialmente típica e que vinha ganhando espaço no mercado imobiliário brasileiro. Os anos se passaram e, atualmente, o *built to suit* é uma operação imobiliária ainda mais corriqueira, sobretudo nos atuais tempos de crise em que indústrias, fábricas, dentre outros, não querem imobilizar o seu capital em imóveis. Além disso, outro fator determinante para o desenvolvimento do *built to suit* é que os ocupantes podem contabilizar a remuneração paga ao empreendedor como despesa operacional, permitindo uma redução de sua carga tributária.

E porque o *built to suit* não possuía previsão em qualquer texto legal, com evidente equívoco, alguns operadores resolveram aproximar essa modalidade contratual ao contrato típico de locação comercial. Não é incomum verificarmos contratos *built to suit* sendo qualificados como “contrato de locação” ou, ainda, “contrato de locação ajustada”.

Embora a qualificação fosse de um contrato típico, as partes derogavam algumas regras típicas da Lei do Inquilinato. A esse exemplo, cite-se, por exemplo, a renúncia da cláusula que possibilita a revisão da remuneração mensal e a derrogação da cláusula que possibilita a redução proporcional da multa em caso de denúncia antecipada pelo ocupante. Mas sendo intitulado e qualificado como uma espécie típica de locação, como as partes poderiam derogar tais regras, a considerar o quanto estabelece o art. 45, da Lei do Inquilinato?

A incorreta qualificação do *built to suit* como contrato típico de locação trouxe confusão na sua disciplina jurídica. Nesse sentido, como verificado neste trabalho, ocupantes do imóvel em contrato *built to suit* ingressaram com ações judiciais objetivando a declaração de nulidade das cláusulas referidas acima. Os ocupantes visavam, portanto, a prevalência das regras de direito material da Lei do Inquilinato em detrimento às condições pactuadas nos contratos *built to suit*.

Ocorre que, antes mesmo da Lei 12.744/2012 entrar em vigor, mesmo diante da incorreta qualificação do contrato, alguns tribunais⁴⁵⁷ já tinham declarando a atipicidade contratual do *built to suit* e, em decorrência disso, a licitude das referidas cláusulas.

Verificando a judicialização de tais questões e porque a operação econômica decorrente do contrato *built to suit* diverge do contrato típico de locação, foi apresentado, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 6.562/2009, cuja ideia inicial do legislador era declarar a inaplicabilidade da Lei do Inquilinato aos contratos *built to suit*.

Todavia, consoante verificado no capítulo 3, da Parte I, desse trabalho, o projeto legislativo sofreu emendas justamente para alcançar o objetivo contrário: regular o contrato *built to suit* na própria Lei 8.245/91. Foi esse entendimento que prevaleceu quando da edição da Lei 12.744/2012, que alterou o artigo 4º e inseriu o artigo 54-A na Lei do Inquilinato.

Ao ser previsto o *built to suit* na Lei do Inquilinato, a atipicidade do contrato foi novamente colocada em discussão. Sendo previsto no texto legal, ainda assim seria possível defender a atipicidade desse contrato?

Tal como demonstrado ao longo desse trabalho, em nossa opinião, o contrato *built to suit* nunca poderá ser entendido como um contrato de locação pura e simplesmente. Isso porque, além da prestação da cessão do uso do imóvel (locação), sempre haverá a prestação da empreitada, porque o *built to suit* requer a realização de construção ou substancial reforma do imóvel que será cedido ao ocupante. Além disso, poderá haver a prestação da compra e venda. De todo modo, sempre o contrato *built to suit* será locação + empreitada.

Verificando a combinação de tais prestações (e considerando ainda que a prestação da empreitada não é de menor importância), analisando a operação econômica que envolve o *built to suit*, bem como examinando a causa do contrato, chega-se à conclusão de que esse contrato é evidentemente um contrato atípico misto, não se confundindo com a locação típica enquadrada na Lei 8.245/91 ou mesmo nos artigos 565 e seguintes do Código Civil. A Lei

⁴⁵⁷ Nesse sentido, repita-se acórdãos já divulgados nesse trabalho: (i) Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Agravo de Instrumento nº 20130020187886. 1ª Tuma Cível, Rel. Des. Flavio Rostirola, DJE 10.01.2014; (ii) Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação 9156991-70.2008.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Antonio Benedito Ribeiro Pinto, j. 4 de maio de 2011 e (iii) Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação 0036632-84.2007.8.26.0000, Rel. Amorim Cantuária, j. 11 de maio de 2011.

do Inquilinato, portanto, não é suficiente para regular o contrato *built to suit*, porque as prestações desse contrato extrapolam a mera locação comercial.

Sendo um contrato atípico misto, altera-se a disciplina jurídica, razão pela qual, com fundamento no art. 425, do Código Civil, e no princípio da autonomia privada, as condições contratuais firmadas pelas partes passam a ter maior relevância e são hierarquicamente superiores às regras típicas da locação (direito material), empreitada ou compra e venda, que eventualmente podem ser aplicadas por analogia ao caso concreto, desde que tais fontes jurídicas se façam necessárias.

Nesses termos, o princípio contratual que demonstra relevância particular no contrato *built to suit* é a autonomia privada. A interferência do Poder Judiciário nas condições pactuadas pelas partes, embora possível, deve ser medida excepcional.

Sendo um contrato atípico, em nossa opinião, não havia qualquer necessidade de o legislador procurar regulamentar o contrato *built to suit* na Lei do Inquilinato. O contrato atípico não requer regulamentação e o Código Civil autoriza que as partes contratem modelos contratuais fora aqueles disciplinados em lei.

Essa não foi, infelizmente, a opção do legislador. O legislador, possivelmente imaginando que a regulamentação legal é sinônimo de segurança jurídica, resolveu incluir o *built to suit* na Lei 8.245/91. Ao prever o contrato *built to suit* no texto legal, o legislador criou uma situação indesejada: intitula o contrato *built to suit* como “contrato de locação comercial”, mas aduz que prevalecem as condições contratuais estabelecidas pelas partes. Se, por um lado, a ideia aparente do legislador foi tipificar o *built to suit*, por outro, pretende consignar a liberdade contratual das partes, modelo mais próximo dos contratos atípicos. Essa confusão pode levar o intérprete acreditar que o contrato *built to suit* é um contrato típico de locação, o que altera por completo a sua disciplina jurídica.

A prática legislativa de procurar regravar um contrato atípico na Lei do Inquilinato já foi realizada nos contratos atípicos de *shopping center* (art. 54). Tal como verificado no capítulo 2.4, da Parte II, essa medida judicializou referidos contratos quando lojistas procuraram (e procuram até o presente) qualificar a avença como modelo típico de locação comercial, buscando a declaração de nulidade de certas cláusulas específicas daquele modelo

contratual. Alguns julgados⁴⁵⁸ (embora minoritários) já mencionaram a incorreta tipicidade desse modelo contratual, declarando prevalentes as determinações da Lei 8.245/91 às condições livremente estabelecidas pelas partes.

Assim, a experiência já demonstrou que a regulamentação parcial e incorreta do contrato atípico traz maiores dúvidas do que soluções, sobretudo quando a previsão é realizada em uma lei cujo modelo contratual difere da operação econômica daquele contrato atípico.

A tentativa de regulamentação do contrato *built to suit*, acredita-se, poderá ensejar problemas práticos. O legislador, de fato, quando da edição da Lei 12.744/2012, já procurou resolver alguns dos principais problemas do *built to suit* ao prever expressamente a possibilidade de os contratantes renunciarem à ação revisional da remuneração mensal (art. 54, § 1º) e a obrigatoriedade do pagamento de multa integral em caso de denúncia antecipada do contrato, pelo ocupante (art. 54-A, § 2º).

Contudo, a previsão do contrato *built to suit* na Lei do Inquilinato poderá ensejar novos problemas. Assim, não nos surpreenderia o surgimento de ações judiciais propostas por ocupantes para defender a nulidade de cláusula contratual que determine, por exemplo, a duplicidade de garantias no contrato *built to suit* (o que é impossibilitado pelo art. 37, parágrafo único, da Lei 8.245/91). Além disso, outra cláusula sujeita à declaração de nulidade seria aquela que determina caução em dinheiro em valor superior a três meses da remuneração mensal (o que não é permitido pela Lei 8.245/91 - art. 38, § 2º).

Tal como exposto ao longo desse trabalho, somos defensores da liberdade contratual no *built to suit*. Nesse sentido, em nossa opinião, a natureza atípica do contrato permite até mesmo ao ocupante renunciar ao direito de preferência, o que seria, a princípio, impossível no contrato típico de locação. Essas e outras problemáticas foram estudadas na Parte III, desse trabalho.

A possível judicialização do contrato *built to suit*, a aplicação analógica das disposições de direito material da Lei do Inquilinato e o surgimento de novos problemas

⁴⁵⁸ A esse exemplo, cite-se: Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0006106-90.2009.8.26.0477, Rel. Marcondes D'Angelo, j. 26 de setembro de 2012.

práticos parecem possíveis sobretudo porque parte dos estudiosos desse contrato⁴⁵⁹ entendem se tratar de um modelo de contrato típico de locação, o que altera por completo a sua disciplina jurídica.

Nesse sentido, reafirmamos a atipicidade contratual do *built to suit* e o necessário respeito às condições contratuais firmadas entre as partes para que esse modelo contratual possa ser instrumento de desenvolvimento do mercado imobiliário, garantindo-se a necessária segurança jurídica aos contratantes.

⁴⁵⁹ Nesse sentido: ARAUJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2014; SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. *Contrato “built to suit” e a Lei do Inquilinato*. Disponível em: <http://www.scavone.adv.br/index.php?contrato-built-to-suit-e-a-lei-do-inquilinato>. Acesso em 7 de julho de 2015; CARDOSO, Daniel. *Contratos Built to suit: Novas Perspectivas em face da Lei 12.744/2012*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016 e FAVACHO, Frederico [et. al.] *Lei do Inquilinato: comentada artigo por artigo*. Organizadores: Luiz Antonio Scavone Junior e Tatiana Bonatti Peres. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO, Ana. Anotação ao acórdão do STJ de 13 de setembro de 2007: o problema da qualificação e regime dos contratos de instalação de lojista em centro comercial. *Revista de ciências empresariais e jurídicas*. Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto. nº 13, 2008.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil* (arts. 472 a 480). Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 6. t. II.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

ALBUQUERQUE, Pedro; RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito das obrigações: contratos em especial*. v. II. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Contratos II: Conteúdo, Contratos de Troca*. Coimbra: Almedina, 2007.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ALVES, Jones Figueiredo. In: FIUZA, Ricardo (coordenador). *Novo Código Civil comentado*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ALVIM, Agostinho. *Aspectos da locação predial*. 2ª ed. Editora Jurídica e Universitária: Rio de Janeiro, 1966.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AMORIM, José Roberto Neves. Renovação das locações comerciais. In: ELIAS FILHO, Rubens Carmo (coord.). *Estudos avançados de direito imobiliário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

ANDRADE, Manuel de. *Teoria geral da relação jurídica*. v. II. Coimbra: Almedina, 1972.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. v. I, 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ARAÚJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2014.

ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória dos contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, 2011.

ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral. Ações e Factos Jurídicos*. 2ª ed. V. II. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

_____. *O Direito. Introdução e teoria geral*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. Integração empresarial e centros comerciais. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, nº 32. 1991, p. 29-70.

_____. Lojas em centros comerciais; Integração Empresarial; Forma, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54º, 1994, p. 835, em anotação ao acórdão do STJ de 24 de março de 1992.

ASSIS, Araken. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Do Direito das Obrigações*. v. 5. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Atipicidade Mista do Contrato de Utilização de Unidade em Centros Comerciais e Seus Aspectos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 84, vol. 716. p. 112-137, 1995.

_____. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; TUCCI, Rogério Lauria. *Tratado de locação predial urbana*. Vol. I. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1988.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A liberdade de contrato. Contratos típicos e atípicos. *Revista do advogado*. nº 8. Ano II. Janeiro a março de 1982.

_____. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. Tese (Titularidade). São Paulo: FDUSP, 1986.

_____. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARCELLOS, Rodrigo. *O Contrato de Shopping Center e os Contratos Atípicos Interempresariais*. São Paulo: Atlas. 2009.

BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos Built to Suit*. São Paulo: Almedina, 2013.

BRANDÃO PROENÇA, José Carlos. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial: descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*. Coimbra: Almedina, 1990.

BUENO, Francisco Godoy. Regime jurídico dos contratos atípicos no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 6. ano 3. jan-mar. 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 55-73.

BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUZAID, Alfredo. *Da ação renovatória e das demais ações oriundas de contrato de locação de imóveis destinados a fins comerciais*. v. I., 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Estudo sobre “shopping center”. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de (coord.). *Shopping centers. Questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CABRAL, Rita. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Ano XXXVII, Lex Editora: Lisboa, 1995. p. 217-229).

CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação Imobiliária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CAMINHA, Uinie. *Securitização*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARBONE, Sabrina Berardocco. *Built to suit: uma visão crítica de sua introdução na lei de locações*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184368,51045-Built+to+suit+Uma+visao+critica+de+sua+introducao+na+lei+de+locacoes>. Acesso em 13 de outubro de 2015.

CARDOSO, Daniel. *Contratos Built to suit: Novas Perspectivas em face da Lei 12.744/2012*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016.

CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre relações jurídicas em *shopping centers*. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de (coord.). *Shopping centers. Questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CATALAN, Marcos. Repensando as cercanias da ‘mora debitoris’: um ensaio inspirado nas crises econômicas que assolam o século XXI. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. v. V, n. 20, dezembro 2015. p. 231 a 242.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais: estudos e pareceres*. Renovar: Rio de Janeiro, 2012.

_____. *Direitos reais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CILLI, Fabio. *Empreendimentos do tipo build-to-suit: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência*. Monografia apresentada à Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.poli-integra.poli.usp.br/library/pdfs/ed53e45e833281e689283f58914e5c96.pdf>. Acesso em 6 de julho de 2015.

COSTA LEITE, Carlos Kennedy da. O ingresso dos contratos atípicos no registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. v. 79, ano 38. p. 33-83. São Paulo: Revista dos Tribunais. Julho-dezembro 2015.

COSTANZA, Maria. *Il contratto atípico*. Milão: Giuffrè Editore, 1981.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

DE VIVO, André Aliche; CASTRO, Gustavo Lorenzi. Não aplicação isolada da lei de locação aos contratos atípicos de *built to suit*. In: PORTO NETO, Benedicto (coord.). *Manual jurídico para construção civil*. São Paulo: PINI, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de locações de imóveis urbanos comentada*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de Registro de Imóveis*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ELIAS FILHO, Rubens Carmo (coord.). *Estudos avançados de direito imobiliário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*. 4ª ed. Salvador: Jus Podium, 2014.

_____. *Curso de Direito Civil: Direito das obrigações*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Curso de Direito Civil: Direitos reais*. 6ª ed. Salvador: Lumen Juris, 2010.

FAVACHO, Frederico [et. al.] *Lei do Inquilinato: comentada artigo por artigo*. Organizadores: Luiz Antonio Scavone Junior e Tatiana Bonatti Peres. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FERRAJOTA, Joana. *A resolução do contrato sem fundamento*. Coimbra: Almedina, 2015.

FIGUEIREDO, Flavio; GRAVA, William. *A Economia dos empreendimentos built to suit*. Trabalho profissional apresentado ao XIV Cobreap (Congresso Brasileiro de Engenharia de Avaliações e Perícias). Disponível em: <http://ibape-nacional.com.br/biblioteca/wp-content/uploads/2012/12/A-Economia-dos-Empreendimentos-Built-to-Suit.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2016.

FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Built to suit. *Revista de Direito Imobiliário*. Ano 35, nº 72, janeiro – junho 2012; VALENÇA, Marcelo José Lomba. Built-to-suit – operação de

crédito imobiliário estruturada. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 8 n. 27, janeiro – março 2005.

FONSECA, Hugo Duarte. Sobre a tipicidade dos contratos de instalação de lojistas em centros comerciais: da tipicidade como pretexto à atipicidade enquanto contexto. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. v. LXXX. Coimbra: 2004.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREITAS, Rodrigo de. *Tributação nas operações built to suit e os novos critérios contábeis*. In: *Operações Imobiliárias: Estruturação e tributação*. Coord: Renato Vilela Faria e Leonardo Freitas de Moraes e Castro. São Paulo: Saraiva, 2016.

GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos Built to Suit – Um Estudo da Natureza, Conceito e Aplicabilidade dos Contratos de Locação Atípicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Scortecci, 2009.

GERCHMANN, Suzana Rahde; CATALAN, Marcos. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. *Revista de direito do consumidor*. Ano 22. nº 90. Novembro-dezembro 2013. p. 192-207.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Função social do contrato*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Cresenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Direito de arrependimento nos contratos de consumo*. São Paulo: Almedina, 2014.

GONÇALVES, Alexandre Tadeu Navarro Pereira. Liberdade engessada. *Revista Capital Aberto*. Fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.capitalaberto.com.br/pageflip/114/114/assets/basic-html/page27.html>. Acesso em 6 de julho de 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. v. III. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda. Contratos atípicos e contratos coligados: características fundamentais e dissemelhanças. *Revista virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil*. São Paulo, 1999.

_____. *Direito Civil: Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flavio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flavio (coords.). *Direito Contratual. Temas Atuais*. São Paulo: Método, 2007.

LEMOS PEREIRA, Paula Moura Francesconi. Controvérsias sobre o âmbito de aplicação da Lei do Inquilinato nos contratos *built to suit*. *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 5, jul-set. 2015.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a rescisão: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 3. v. 7. Abril-junho de 2016.

_____. O contrato 'built to suit'. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de Direito Empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2016.

_____. Os contratos coligados. In: *Estudos em homenagem à Professora Vera Maria Jacob de Fradera*. Coordenador: Leonardo Brandelli. Porto Alegre: Lejus, 2013.

_____. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Fernando Pires de; VARELA, Antonio João Antunes. *Código Civil Anotado*, v. 1, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil. Parte especial. Das várias espécies de contrato*. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva: 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores [s.d].

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Extinção dos Contrato. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.) *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LYNN, David J.; WANG, Tim. *Emerging Market Real Estate Investment. Investing in China, India and Brazil*. Hoboken, New Jersey: Wiley & Sons, Inc. 2010.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Classificação dos Contratos. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (coord.). *Direito dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações. Parte Especial (Contratos)*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Da cessação do contrato*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. *Cumprimento defeituoso: em especial na compra e venda e empreitada*. Coimbra: Almedina, 1994.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da Justiça Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARZAGÃO, José Paulo. *Regime jurídico do built-to-suit*. In: *Operações Imobiliárias: Estruturação e tributação*. Coord: Renato Vilela Faria e Leonardo Freitas de Moraes e Castro. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSIMO BIANCA, Cesare. *Diritto Civile: Il Contratto*. Milão: Giuffrè Editore, 1984.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. 3ª ed. Parte Geral. v. I. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2005. p. 391.

_____. *Tratado de Direito Civil Português*. Direito das obrigações: contratos e negócios unilaterais. v. II. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Tele de. *Direito das obrigações*. v. III. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. 2ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 1946.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: Dos Contratos em Geral*. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Locação de imóveis urbanos: Comentários à Lei 8.245/1991*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Reimpressão da obra publicada em 1990. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Direito Comercial: contratos de distribuição comercial*. Coimbra: Almedina, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. Shopping Center. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers: aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MORAIS, Fernando de Gravato. *Novo regime do arrendamento comercial*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

MOREIRA, Camila Ramos. Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012. *Revista de Direito Imobiliário*. Ano 38. v. 78. Janeiro-junho 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, Guilherme. *Instituições de Direito Civil Português*. V. II, Coimbra, 1911.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. O built to suit como nova modalidade de contrato administrativo. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*. v. 10. n. 1,

- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NAVARRO, Alexandre Tadeu. Liberdade engessada. *Revista Capital Aberto*. Fevereiro de 2013.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Pretensão do réu de manter o contrato com modificação de suas cláusulas diante de pedido do autor de resolução por onerosidade excessiva – pedido contraposto previsto pela lei material (art. 479). In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flavio (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.
- OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. Fundo de comércio de shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de (coord.). *Shopping centers. Questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- PENALVA SANTOS, J.A. Regulamentação jurídica do *shopping center*. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de (coord.). *Shopping centers. Questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- PENTEADO, Luciano Camargo de. *Direito das coisas*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Integração de contratos incompletos*. Tese apresentada como requisito parcial ao Concurso de Livre-Docência do Departamento de Direito Privado e de Processo Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- _____. *Instituições de Direito Civil*. v. II. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Shopping centers: aspectos jurídicos*. Coordenação: José Soares Arruda e Carlos Augusto da Silveira Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Shopping centers: organização econômica e disciplina jurídica*. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (coord.). *Shopping centers: aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- PINHEIRO FRANCO, Antônio Celso; PINHEIRO FRANCO José Roberto. Cláusula resolutiva expressa: o exato sentido do art. 119 do CC/1916 e dos arts. 128 e 474 do Diploma Substantivo de 2002. *Revista do Instituto dos Advogados*, ano 13, n. 25, Janeiro-junho de 2010.
- PINTO DUARTE, Rui. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral – Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova.* Tomo 3. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de direito privado: parte especial – Direito das Obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios de objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais.* Tomo 38. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

_____. *Tratado de direito privado: parte especial – Direito das obrigações: Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção.* Tomo 25. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

_____. *Locação de imóveis e prorrogação.* 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956. p. 298.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. In: FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REIS, Rafael Vale e. Contrato de cedência de espaço em centro comercial: natureza jurídica. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita.* v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Locação: questões processuais e substanciais.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Propriedade fiduciária imóvel.* São Paulo: Malheiros, 2009.

RIOS, Arthur. Time sharing ou propriedade compartilhada. *Revista da OAB Goiás.* Ano XII, n. 36, Goiânia, 1998.

Disponível em <http://www.oabgo.org.br/Revistas/36/juridico6.htm>. Acesso em 18 de agosto de 2016.

_____. *Manual de direito imobiliário.* Curitiba: Juruá, 2007.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Análise comparativista dos contratos built to suit.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-10/direito-comparado-analise-comparativista-contratos-built-to-suit>. Acesso em 4 de julho de 2015.

_____. *Rejeição de reformas e revisão do contrato built to suit.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/direito-comparado-rejeicao-reformas-revisao-contrato-built-to-suit>. Acesso em 4 de julho de 2015.

_____. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES, Gabriela Wallau. A incompatibilidade sistemática entre o contrato *built to suit* e a Lei de Locações. *Revista Direito & Justiça* (publicação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul). v. 41, n. 2. Julho-dezembro de 2015.

SALLES, José Carlos de Moraes. *Ação Renovatória de Locação Empresarial*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANTOS, Antônio Jeová. *Função social do contrato: lesão, imprevisão no CC/2002 e no CDC*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2004.

SANTOLIM, Cesar. A proteção dos investimentos específicos na rescisão unilateral do contrato e o risco moral: uma análise do art. 473, parágrafo único, do Código Civil. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 3 (2014), nº. 1, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00573_00578.pdf. Acesso em 28.12.2016.

SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. *Contrato “built to suit” e a Lei do Inquilinato*. Disponível em: <http://www.scavone.adv.br/index.php?contrato-built-to-suit-e-a-lei-do-inquilinato>. Acesso em 7 de julho de 2015.

_____. *Comentários às alterações da Lei do Inquilinato - Lei 12.112/2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SIMÃO, José Fernando. *Cláusula penal e redução de ofício pelo juiz. Parte 2*. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/clausula-penal-e-reducao-de-oficio-pelo-juiz---parte-2/13786>. Acesso em 2 de julho de 2015.

_____. *Direito Civil. Contratos*. (Série leituras jurídica: provas e concursos, v. 5). São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Legislação especial: locação e propriedade fiduciária* (Série leituras jurídicas: provas e concursos. v. 30) São Paulo: Atlas, 2007.

STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé objetiva e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

TARTUCE, Flavio. *Direito civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. v. 3. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

_____. *Direito civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. v. 3. 11ª ed. São Paulo: Forense, 2016.

TELLES, Inocêncio Galvão. Contratos de utilização de espaços nos centros comerciais. *O direito*. Ano 123. 1991 (outubro-dezembro). p. 521-533.

_____. *Manual dos contratos em geral*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria Marçal. *Prorrogação compulsória dos contratos de longa duração*. Dissertação de mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

USTARRÓZ, Daniel. A resolução do contrato no novo Código Civil. *Revista Jurídica*, n. 304, ano 51, p. 32-53, fevereiro de 2003.

VALENÇA, Marcelo José Lomba. Built-to-suit – operação de crédito imobiliário estruturada. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 8 n. 27, janeiro – março 2005.

VARELA, Antunes. *Obrigações em geral*. v. I. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. Contratos de utilização de lojas em centros comerciais: qualificação e forma. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 56, nº 2. p. 535-549.

VENOSA, Silvio de Salvo de. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática*. 8ª ed. 3ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2006.

ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos empresariais: interface com contratos de consumo e paritários*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. Build to Suit – Qualificação e Consequências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; e ALMEIDA PRADO, Maurício (org.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011.

_____. O risco contratual. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias e RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo: Atlas, 2013.

ZULIANI, Ênio. Resolução do contrato por onerosidade excessiva. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.